

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

01.09.2017

Geschäftszahl

Ra 2017/03/0007

Beachte**Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):**

Ra 2017/03/0035

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Handstanger, Dr. Lehofer, Mag. Nedwed und Mag. Samm als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Revision

1.) des Dr. R F, 2.) des Österreichischen Rundfunks in W, vertreten durch Tschurtschenthaler Rechtsanwälte GmbH in 9020 Klagenfurt, Dr. Arthur Lemisch-Platz 7, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 25. November 2016, ZI W249 2118650-1/18E, betreffend Übertretungen des ORF-Gesetzes (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht:

Kommunikationsbehörde Austria; weitere Partei: Bundesminister für Kunst und Kultur, Verfassung und Medien), zu Recht erkannt:

Spruch**Die Revision wird als unbegründet abgewiesen.**

Die Revisionswerber haben dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 553,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung**1 I. Sachverhalt**

2 A. Mit Bescheid vom 10. November 2015 (im Folgenden auch: verwaltungsbehördliches Straferkenntnis) sprach die vor dem Verwaltungsgericht belangte Behörde (auszugsweise, soweit für den vorliegenden Fall von Bedeutung) wie folgt aus:

"Sie (Erstrevisionswerber) haben als für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften gemäß § 9 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 33/2013, verantwortlicher Beauftragter für den gesamten Bereich des Österreichischen Rundfunks (ORF) für Übertretungen nach § 38 Abs. 1 Z 2 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 112/2015, Folgendes zu verantworten, wobei die Ausstrahlungen jeweils im Fernsehprogramm ORF eins stattfanden (sämtliche (Uhr-)Zeitangaben in hh:mm:ss):

...

14. (11-29-WS-14) am 29.11.2013 Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:02 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:02 in der Zeit von ca. 18:00:00 bis ca. 18:59:59;

15. (11-30-WS-15) am 30.11.2013 Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde von 00:12:00 um ca. 00:00:21 durch Ausstrahlung von Werbespots und Sponsorhinweisen im Ausmaß von ca. 00:12:21 in der Zeit von ca. 21:00:00 bis ca. 21:59:59;

jeweils in W.

Sie (Erstrevisionswerber) haben dadurch folgende
Rechtsvorschrift(en) verletzt:

(...)

zu 14. (11-29-WS-14): § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 5 Satz 4

iVm § 17 Abs. 5 ORF-G

zu 15. (11-30-WS-15): § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 14 Abs. 5 Satz 4 iVm § 17 Abs. 5 ORF-G

jeweils in Verbindung mit § 9 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 33/2013; die genannten Bestimmungen des ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984, beziehen sich jeweils auf die Fassung durch BGBl. I Nr. 50/2010.

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

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheits-strafe von	gemäß
(...)	(...)	(...)
Zu 14. (11-29-WS-14): 5.000,00	(...) 2 Tagen	§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG
Zu 15. (11-30-WS-15): 5.000,00	2 Tagen	§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G iVm § 9 Abs. 2, §§ 16 und 19 VStG

Allfällige weitere Aussprüche (...):

Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haftet der Österreichische Rundfunk (Zweitrevisionswerber) für die verhängten Geldstrafen sowie die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

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

(...)" (Spruchpunkt II.).

3 Unter Spruchpunkt IV. wurde die ordentliche Revision gegen
diese Entscheidung nicht zugelassen.

4 Begründend wurde betreffend den Spruchpunkt 14. des verwaltungsbehördlichen Straferkenntnisses dargelegt, es sei seitens des Erstrevisionswerbers die Einrechnung in die Werbezeit hinsichtlich des Spots "Ö3 Pistenbully on Tour" (genannt auch: "Ö3 Pistenbully" bzw "Ö3 Pistenbully Tour") , ausgestrahlt im Fernsehprogramm ORF eins am 29. November 2013 von ca 18:21:28 bis ca 18:21:48 Uhr, bestritten worden. Dies mit dem Argument, es habe sich um die Bewerbung einer Veranstaltung gehandelt, an der unentgeltlich teilgenommen habe werden können. Dieser Sichtweise könne sich die belangte Behörde (was näher ausgeführt wird) nicht anschließen.

5 **B.** Aufgrund der gegen diesen Bescheid erhobenen Beschwerde vom 9. Dezember 2015 hat das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) nach (in neuer Zusammensetzung des Senates wiederholter) Durchführung einer mündlichen Verhandlung am (gemeint wohl) 21. November 2016, zu der die Verfahrensparteien geladen wurden, mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 25. November 2016 diese hinsichtlich der Spruchpunkte 14. und 15. als unbegründet abgewiesen (Spruchpunkt II.) und ausgesprochen, dass der Erstrevisionswerber einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von (...) zu leisten hat (Spruchpunkt IV.). Ferner erfolgte ein Ausspruch über die Haftung des Zweitrevisionswerbers (Spruchpunkt V.) sowie ein Ausspruch, dass die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig ist (Spruchpunkt IV., gemeint wohl VI.).

6 Begründend führte das BVwG hierzu hinsichtlich Spruchpunkt 14. im Wesentlichen aus, der zu beurteilende Spot beinhalte ausweislich der zu Spruchpunkt 14. des verwaltungsbehördlichen Straferkenntnisses getroffenen unbestrittenen Feststellungen die Darstellung fahrender Pistenraupen, eines auf einer solchen Pistenraupe aufgebauten DJ-Pults, sowie Bilder von tanzenden Menschen samt Musikuntermalung. Aus dem Off werde folgender Text gesprochen: "Er bringt die Party auf die Piste. Der Ö3-Pistenbully. Jetzt unterwegs in ganz Österreich". Parallel würden diese Informationen sowie die Daten der kommenden Veranstaltungen bzw. Orte (8.12. T, 14.12. A, 21.12. Ta, 27.12. M, 29.12. G) im Bild eingeblendet.

7 In Anwendung der in der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze müsse davon ausgegangen werden, dass dieser Spot als Werbung zu qualifizieren sei, weil er insgesamt geeignet sei, das bislang uninformierte oder unentschlossene Publikum jedenfalls für den Besuch der Veranstaltungen zu gewinnen, sodass auf die Ziele des Spots geschlossen werden könne, hohe Besucherzahlen bei den Veranstaltungen sowie das "Produkt" Ö3 hervorzuheben. Dass die Veranstaltungen mit dem Spot beworben würden, bestreite auch der Erstrevisionswerber nicht.

8 Zur Entgeltlichkeit gehe der Erstrevisionswerber davon aus, dass vorliegend ausschlaggebend (für die letztlich mangelnde Qualifikation als Werbung) sei, dass für den Besuch der Veranstaltungen des "Ö3-Pistenbully" kein Eintritt zu zahlen sei bzw dass mit dem Spot letztlich nichts Entgeltliches beworben werde.

9 Dem könne aber nicht gefolgt werden. Die vom Erstrevisionswerber vorgelegte Vereinbarung zwischen der ORF Marketing & Creation GmbH & Co KG (OMC) und einem Veranstalter der Veranstaltungsreihe "Ö3-Pistenbully" zeige, dass entgeltliche Dienstleistungen Dritter mitbeworben würden. Für die in der Vereinbarung definierten Leistungen der OMC verpflichtete sich der Veranstalter, "einen einmaligen Pauschalbetrag in der Höhe von XXXX zzgl. USt. und zzgl. Werbeabgabe in gesetzlicher Höhe" zu zahlen. Daraus lasse sich schließen, dass der Veranstalter die Attraktivierung und Bewerbung seines entgeltlichen Angebots "Schigebiet" durch die Veranstaltung annehme, da nicht davon auszugehen sei, dass er eine Zahlung an die OMC für die Abhaltung einer Veranstaltung leisten würde, wenn er sich davon nicht einen Gegenwert für das von ihm betriebene Schigebiet erhoffe.

10 Des Weiteren fänden die Veranstaltungen des "Ö3- Pistenbullys" an Orten in Schigebieten statt, die üblicherweise bzw vom Großteil der Teilnehmer durch den Erwerb einer Liftkarte erreicht würden (laut Vereinbarung mit dem Veranstalter zB Bergstation bzw möglichst hoch im Schigebiet gelegener Standort). Das in der mündlichen Verhandlung vom 21. November 2016 vorgebrachte Argument des Erstrevisionswerbers, dass diese Orte auch ohne Erwerb einer Liftkarte erreicht werden könnten und erreicht worden seien, zB zu Fuß oder mit Schneeschuhen, überzeuge nicht, da davon ausgegangen werden könne, dass dies (veranstaltungsbezogen) nur allenfalls ausnahmsweise der Fall sein werde. Dies habe auch der Erstrevisionswerber in der Verhandlung bestätigt ("Es wird allerdings nicht der Fall sein, dass die Mehrheit der Schifahrer zu Fuß geht.").

11 Ebenso werde in der Vereinbarung ein entgeltliches lokales Gastronomieangebot im "Ö3-Pistenbully"-Design vorgesehen und dadurch mitbeworben.

12 Soweit durch den Spot (auch) die Veranstaltungen des "Ö3- Pistenbullys" an sich beworben werden, bringe es der in der Rechtsprechung entwickelte objektive Maßstab mit sich, dass Werbung auch dann vorliege, wenn nach der Verkehrsauffassung üblicherweise Entgelt fließen würde. Dies müsse im vorliegenden Fall bejaht werden. Die Entgeltlichkeit des verfahrensgegenständlichen Spots könne insoweit nicht bezweifelt werden, zumal die werbliche Darstellung nach der Verkehrsauffassung üblicherweise nur gegen Entgelt erfolgen würde.

13 Die belangte Behörde habe daher den Spot zu den Veranstaltungen des "Ö3-Pistenbullys" zu Recht bei der Berechnung der Werbezeit berücksichtigt.

14 Hinsichtlich Spruchpunkt 15. des verwaltungsbehördlichen Straferkenntnisses legt das BVwG dar, dieser Spruchpunkt werde in der Beschwerde nicht bekämpft (gemeint wohl: die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes). Das BVwG sehe keinen Anlass, von der rechtlichen Würdigung der belangten Behörde abzugehen.

15 Die Revisionswerber hätten in der Beschwerde bzw. in den Stellungnahmen betreffend die Spruchpunkte 14. und 15. des verwaltungsbehördlichen Straferkenntnisses zur Strafbemessung bzw zum Verschulden lediglich einerseits den Antrag gestellt, die Strafe deutlich zu reduzieren sowie andererseits durch den Rechtsvertreter in der Verhandlung am 21. November 2016 das Argument vorgebracht, dass zwar keine Rechtsauskunft bei der zuständigen Behörde, aber bei der (spezialisierten) ORF-Rechtsabteilung eingeholt worden sei. Damit werde aber keine Rechtswidrigkeit der Strafbemessung der belangten Behörde aufgezeigt. Auch stelle eine Rechtsauskunft durch die Abteilung, deren Leiter der Erstrevisionswerber sei, keinen geeigneten Entschuldigungsgrund dar.

16 Die Unzulässigkeit der Revision begründet das Verwaltungsgericht schließlich, indem es im Wesentlichen den Text des Art 133 Abs 4 B-VG paraphrasiert und auf die in der Entscheidungsbegründung zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hinweist.

17 **C.a.** Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision, mit der insbesondere begehrt wird, das angefochtene Erkenntnis im angeführten Umfang (in eventu zur Gänze) aufzuheben und eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof durchzuführen.

18 **C.b.** Die Revisionswerber bringen basierend auf der gesonderten Darlegung der Zulässigkeitsgründe im Wesentlichen vor, betreffend Spruchpunkt 14. des verwaltungsbehördlichen Straferkenntnisses sei schon das Tatbild des § 38 Abs 1 Z 2 iVm § 14 Abs 5 Satz 4 iVm § 17 Abs 5 ORF-G nicht verwirklicht, weil es sich bei dem Spot für den "Ö3 Pistenbully on Tour" nicht um Werbung im Sinne des § 1a Z 8 ORF-G handle, dieser Spot folglich nicht in die höchstzulässige Werbezeit von 00:12:00 einzurechnen und diese daher nicht überschritten worden sei.

19 Die Legaldefinition von "Werbung" in § 1a Z 8 ORF-G verlange das "Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern". Gerade dies treffe allerdings für den Spot "Ö3 Pistenbully on Tour" nicht zu, weil damit Veranstaltungen beworben würden, für die kein Eintrittsgeld zu leisten sei. In diesem Sinne habe auch der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 10. Dezember 2009, 2006/04/0058, ausgesprochen, dass ein "verkaufsfördernder Hinweis" (gemäß § 19 Abs 5 lit b Z 3 PrR-G) nur dann vorliege, wenn er sich auf bestimmte, das heißt ausdrücklich genannte Erzeugnisse oder Dienstleistungen beziehe.

20 Eine bloß "mittelbare" Förderung des Absatzes von Waren und Dienstleistungen - also von Produkten, die in einer zu beurteilenden Aussage gar nicht genannt würden - möge äußerstenfalls allgemein für die Erfüllung der Definition der "kommerziellen Kommunikation" im Sinne des § 1a Z 6 ORF-G hinreichen, nicht jedoch für die Erfüllung der Definition "Werbung" im Sinne des § 1a Z 8 ORF-G. Insofern sei auch die Schlussfolgerung der vor dem Verwaltungsgericht belagten Behörde, dass eine Örtlichkeit durch eine gut besuchte Veranstaltung an Attraktivität gewinne und somit "mitbeworben" würde, unschädlich.

21 Aber selbst wenn eine mittelbare Förderung des Absatzes von Produkten ausreichend wäre, sei im Fall der Eigenwerbung definitionsgemäß auch ein entgeltlicher Absatz vorausgesetzt. Es komme für das Vorliegen von "Werbung" daher nicht darauf an, dass der Veranstaltungsort auch mittels entgeltlicher Liftkarte erreicht werden könne und dort (irgendetwas) Entgeltliches erworben werden könnte, sondern darauf, ob der Zutritt zur beworbenen Veranstaltung ausschließlich gegen Entgelt möglich sei. Der Spot zeige weder einen einzigen Gastronomiebetrieb noch ein einziges konkretes Schigebiet. Die Inhalte des Spots in Wort und Bild würden sich ausschließlich auf die Veranstaltungsreihe bzw den fahrenden Pistenbully beziehen.

22 Zu den einzelnen Veranstaltungen der Veranstaltungsreihe "Ö3 Pistenbully on Tour" sei keinerlei Eintrittsgeld zu leisten und diese Veranstaltungen fänden jeweils an Orten statt, die auch ohne Liftkarte erreicht werden könnten (aus diesem Grund könne dahinstehen, inwieweit diese Veranstaltungen auch von Inhabern gültiger Liftkarten besucht würden). Es bestehe bei den gegenständlichen Veranstaltungen auch keinerlei Konsumations- oder sonstiger Erwerbszwang, und zwar nicht einmal ein theoretischer, weil Besucher ihren eigenen Proviant mitnehmen und konsumieren könnten.

23 Auch der Bundeskommunikationssenat (BKS; Hinweis auf BKS vom 9. März 2009, 611.001/0007-BKS/2008) habe aufgrund der Unentgeltlichkeit der Teilnahme an einer Image-Veranstaltung (konkret: der "Schlauchboot-Rally" eines Hörfunkveranstalters) kein Produkt identifizieren können, dessen entgeltlicher Absatz (als notwendige Voraussetzung für den Begriff der Eigenwerbung) gefördert worden wäre (wiewohl am Veranstaltungsgelände des verfahrensgegenständlichen Seebades am Psee auch Getränke erworben werden konnten). Auch unter Zugrundelegung eines objektiven Maßstabes sei nach Auffassung des BKS bei einer derartigen Image-Veranstaltung nicht davon auszugehen, dass dafür nach dem Verkehrsgebrauch schlechthin ein Entgelt durch die Teilnehmer zu entrichten wäre. Mehr noch habe die Teilnahme an der Schlauchboot-Rally wohl sogar den entgeltlichen Eintritt in das Seebad vorausgesetzt.

24 Es sei entscheidend, dass ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der betreffenden Äußerung und jenem Produkt bestehe, dessen Absatz gefördert werden solle. Dies treffe aber für den Spot "Ö3 Pistenbully on Tour" nicht zu. Denn dieser Spot bewerbe ausschließlich die unentgeltlich zugänglichen Veranstaltungen im Rahmen der Veranstaltungsreihe "Ö3 Pistenbully on Tour", nicht hingegen entgeltliche Produkte. Es seien bei diesem Spot keine Produkte ersichtlich, für deren Erwerb das Publikum gewonnen werden und/oder deren Absatz gefördert werden solle, wie es notwendig wäre, damit von "Werbung" im Sinne des ORF-G gesprochen werden könnte.

25 Zunächst meine das BVwG, dass die "Veranstaltungen" und das "Produkt Ö3" beworben worden seien. In Ansehung der definitionsgemäß erforderlichen Entgeltlichkeit stelle das BVwG dann aber auf "entgeltliche Dienstleistungen Dritter" ab, die - behaupteterweise - "mitbeworben" worden sein sollen. Weder das eine noch das andere überzeuge. Ersteres sei keine "Werbung", weil die Veranstaltungen und das "Produkt Ö3" unentgeltlich seien. Letzteres sei auch keine Werbung, (schon) weil die "entgeltlichen Dienstleistungen Dritter" im Spot für den "Ö3 Pistenbully on Tour" gar nicht vorkommen würden.

26 Daran ändere auch die vom BVwG herangezogenen Vereinbarung zwischen der Bergbahnen T GmbH und der OMC nichts, denn auch wenn es durchaus zutreffen möge, dass sich die genannte Bergbahnen GmbH von dem gegenständlichen Spot eine Attraktivierung ihres Schigebietes und letztlich eine Erhöhung der Besucherfrequenz erwartet hätte, so sei doch (erstens) zu betonen, dass die Ausstrahlung des Spots für den "Ö3 Pistenbully on Tour" nicht Gegenstand der Leistungsbeziehung zwischen dem ORF und der Bergbahnen GmbH sei, und (zweitens) darauf hinzuweisen, dass unter dem Gesichtspunkt des § 1a Z 8 ORF-G allein entscheidend sei, ob eine "Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird," erfolge. Der gegenständliche Spot bewerbe allein die Veranstaltungen im Rahmen der Veranstaltungsreihe "Ö3 Pistenbully on Tour", nicht aber das jeweilige Schigebiet (das namentlich auch gar nicht erwähnt werde). Es komme allein auf den Inhalt dieses Spots an, nicht aber auf den Inhalt der zwischen dem ORF und den lokalen Betreibern von Schigebieten geschlossenen Vereinbarungen. Der Spot wäre nur dann Werbung für ein "entgeltliches lokales Gastronomieangebot", wenn dieses Gastronomieangebot in dem Spot auch werblich vorkomme.

27 Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass es sich bei dem gegenständlichen Spot um Werbung im Sinne des § 1a Z 8 ORF-G handle, so läge ein unverschuldeter Verbotsirrtum im Sinne des § 5 Abs 2 VStG vor. Es habe im Lichte der Vorjudikatur davon ausgegangen werden müssen, dass keine Werbung vorliege.

28 Nach der Rechtsprechung sei ein Verbotsirrtum dann als entschuldbar anzusehen, wenn er durch eine bestimmte Spruchpraxis und Rechtsprechung hervorgerufen worden sei (Hinweis auf VwGH vom 23. Oktober 1997, 95/07/0236). Mit Blick auf die Vorjudikatur könne keine Rede davon sein, dass dem Verbotsirrtum eine unvertretbare Rechtsauffassung mit Blick auf die Auslegung und/oder Übertragung der

Vorjudikatur auf den vorliegenden Fall zugrunde läge (Hinweis auf VwGH vom 15. Dezember 2011, 2008/09/0364; VwGH vom 5. September 2013, 2011/09/0040; VwGH vom 3. Oktober 2013, 2013/09/0010). Der Verbotsirrtum könne auch nicht deshalb als verschuldet angesehen werden, weil vorliegend keine Rechtsauskunft bei der belangten Behörde eingeholt worden sei. Die Auslegung des ORF-G und so auch der fallbezogenen maßgeblichen Bestimmungen werde durch die Abteilung Recht und Auslandsbeziehungen (GRA) vorgenommen, der auf das Medien- und Rundfunkrecht hochspezialisierte Juristen und Juristinnen angehörten. Aus diesem Grund werde dieser Abteilung nicht abgesprochen werden können, in den hier interessierenden Rechtsfragen (sogar höchst) sachkundig zu sein. Die Revisionswerber hätten sich keineswegs darauf berufen, dass schlechthin jede Rechtsauslegung der Abteilung Recht und Auslandsbeziehungen vertretbar sei und daher - auch falls ihr letztlich nicht gefolgt werden sollte - einen entschuldbaren Verbotsirrtum begründe. Vielmehr könne dies allein für solche Auslegungsergebnisse gelten, die in methodisch tragfähiger und überzeugender Weise aufgrund einer sachkundigen und gewissenhaften Prüfung der Rechtslage erzielt werden.

29 Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 21. November 2016 habe das BVwG auf eine den Revisionswerbern zu diesem Zeitpunkt unbekannte Stellungnahme der belangten Behörde vom 23. Mai 2016 verwiesen und diese zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung erklärt (aber nicht verlesen). Die Revisionswerber hätten daraufhin mit Schriftsatz vom 24. November 2016 beantragt, dass ihnen die Stellungnahme der belangten Behörde vom 23. Mai 2016 im Rahmen des Parteigehörs zur Äußerung zugestellt werden möge. Das BVwG sei diesem Antrag erst nach Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses nachgekommen. Wären die Revisionswerber zum Vorbringen der belangten Behörde gehört worden, so hätten sie ein Vorbringen wie in der gegenständlichen Revision erstattet, also begründet vorgetragen, dass der Inhalt der geschlossenen Vereinbarung nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (Hinweis auf VwGH vom 8. September 2011, 2011/03/0019) für die Auslegung des § 1a Z 8 ORF-G irrelevant sei.

30 Betreffend Spruchpunkt 15. des verwaltungsbehördlichen Straferkenntnisses wird auf das Wesentlichste zusammengefasst dargelegt, das BVwG spreche über den Tatvorwurf laut Spruchpunkt 15. des Straferkenntnisses der belangten Behörde vom 10. November 2015 meritorisch ab, obwohl dieser Spruchpunkt in der Beschwerde vom 9. Dezember 2015 nicht angefochten worden sei. Damit überschreite das BVwG den ihm durch § 27 VwGVG vorgegebenen Prüfungsumfang und folglich seine funktionelle Zuständigkeit. Das BVwG hätte in Ansehung des Tatvorwurfs laut Spruchpunkt 15. keinen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vorschreiben und auch keine diesbezügliche Haftung des Zweitrevisionswerbers aussprechen dürfen.

31 **C.d.** Die belangte Behörde erstattete eine Revisionsbeantwortung und beantragte die Revision als unbegründet abzuweisen.

32 **II. Rechtslage**

33 **A.** In einem Fall wie dem vorliegenden ist zunächst zu prüfen, ob und inwieweit dafür unionsrechtliche Vorschriften relevant sind. Im Revisionsfall ist die Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABl L 95 vom 15. April 2010, Seite 1 (im Folgenden: AVMD-Richtlinie), maßgebend.

34 Von Bedeutung sind die Art 1 und 23 AVMD-Richtlinie. Diese Bestimmungen haben - auszugsweise - folgenden Wortlaut:

"Artikel 1

(1) Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

...

i) „Fernsehwerbung“ jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die im Fernsehen von einem öffentlich-rechtlichen oder privaten Veranstalter oder einer natürlichen Person entweder gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern;

...

Artikel 23

(1) Der Anteil von Fernsehwerbespots und Teleshopping-Spots an der Sendezeit darf innerhalb einer vollen Stunde 20 % nicht überschreiten.

..."

35 **B.** Die hier maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Österreichischen Rundfunk (ORF-G), BGBl Nr 379/1984 idF BGBl I Nr 50/2010 (§§ 1a, 14, 38) lauten (auszugsweise):

"Begriffsbestimmungen

§ 1a. Im Sinne dieses Gesetzes bezeichnet

...

8. ,Fernseh- oder Hörfunkwerbung (Werbung)'

a) jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes,

Handwerks oder freien Berufs, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern oder

b) jede Äußerung zur Unterstützung einer Sache oder Idee,

die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gesendet wird;

...

Fernseh- und Hörfunkwerbung, Werbezeiten

§ 14. (1) Werbung muss leicht als solche erkennbar und somit vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar sein. Sie ist durch optische, akustische oder räumliche Mittel eindeutig von anderen Programmteilen zu trennen.

...

(5) In Fernsehprogrammen ist Werbung nur österreichweit zulässig. Österreichweite Fernsehwerbung darf im Jahresdurchschnitt die Dauer von 42 Minuten pro Tag pro Programm nicht überschreiten, wobei Abweichungen von höchstens 20 vH pro Tag zulässig sind. Nicht in die nach dem vorstehenden Satz oder nach § 4b Abs. 2 vierter Satz und § 4c Abs. 2 fünfter Satz höchstzulässige Werbezeit einzurechnen ist Werbung für vom Österreichischen Rundfunk finanzierte oder mitfinanzierte Kinofilme. Innerhalb einer vollen Stunde darf der Anteil der Fernsehwerbung 20 vH nicht überschreiten. Unter Stunden sind die 24 gleichen Teile eines Kalendertages zu verstehen.

...

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;

..."

36 C. § 5 VStG lautet:

"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.

(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."

37 III. Erwägungen

38 A. Die Revision ist zulässig, zumal die vorliegende Entscheidung zur Bildung der für die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte iSd Art 133 Abs 4 B-VG maßgebenden Leitlinien der Rechtsprechung erforderlich erscheint. Sie ist aber nicht begründet.

39 B. Zu Spruchpunkt 14. des verwaltungsbehördlichen Straferkenntnisses

40 B.a. Im vorliegenden Fall ist rechtlich strittig, ob der gegenständliche Spot für die Veranstaltungsreihe "Pistenbully Tour" als Werbung zu qualifizieren und daher in die höchstzulässige Werbezeit pro Stunde einzurechnen ist, was zur Überschreitung der zulässigen Werbezeit pro Stunde führt.

41 "Fernseh- oder Hörfunkwerbung (Werbung)" gemäß § 1a Z 8 ORF-G ist jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird, mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern (lit a) oder jede Äußerung zur Unterstützung einer Sache oder Idee, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung gesendet wird (lit b).

42 Sowohl Werbung nach § 1a Z 8 lit a ORF-G als auch Werbung nach § 1a Z 8 lit b ORF-G (dazu zählt etwa Werbung für eine politische Partei oder weltanschauliche Werbung) sind in die Werbelimits einzubeziehen

(vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz 3 (2011), 163, mit Hinweis auf einschlägige Gesetzesmaterialien).

43 **B.b.** Betreffend den vorliegenden Spot für die Veranstaltungsreihe "Pistenbully on Tour" ist das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1a Z 8 lit a ORF-G zu prüfen, da (unstrittig) keine Äußerung zur Unterstützung einer Sache oder Idee im Sinne des § 1a Z 8 lit b (ideelle Werbung) vorliegt.

44 **B.c.** Zum Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern:

45 **B.c.1.** Wenn eine Äußerung bzw Darstellung für ein konkretes Produkt oder eine Dienstleistung, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen erfolgt, und diese geeignet ist, das bislang uninformierte oder unentschlossene Publikum für den Erwerb zu gewinnen, sodass auf das Ziel der Darstellung, nämlich den Absatz dieser Produkte oder Dienstleistungen zu fördern, geschlossen werden kann, liegt Werbung im Sinne des § 1a Z 8 lit a ORF-G vor (vgl. etwa VwGH vom 18. September 2013, 2012/03/0162, VwGH vom 26. Februar 2016, Ra 2016/03/0021, mwH).

46 Maßgeblich für die Qualifikation als "Werbung" iSd ORF-G ist, ob die betreffende Äußerung "mit dem Ziel ... zu fördern"

gesendet wird (vgl. VwGH vom 14. November 2007, 2005/04/0167, mit dem Hinweis auf VfGH vom 8. Oktober 2003, B 1540/02 (VfSlg 17.006/2003)). Voraussetzung für das Vorliegen von Werbung im Sinne der Definition des § 1a Z 8 lit a leg cit ist somit allgemein das Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, gegen Entgelt zu fördern. Dieses Absatzförderungsziel ist auch dann gegeben, wenn zwar in der Äußerung selbst nicht von einem entgeltlichen Produkt bzw einer entgeltlichen Dienstleistung die Rede ist, aber trotzdem der Äußerung deutlich das Ziel entnommen werden kann, den Absatz von Waren, Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen gegen Entgelt zu fördern. Eine Auslegung dahin, dass generell Äußerungen im Fernsehen oder im Hörfunk, mit denen Verbraucher dazu bewegt werden sollen, für sie kostenlose Produkte oder Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen, nicht als Werbung zu qualifizieren seien, obwohl dadurch aber ein Absatzförderungsziel für andere Produkte oder Dienstleistungen gegeben ist, kommt daher nicht in Betracht.

47 Der Verwaltungsgerichtshof hat dementsprechend in seiner Rechtsprechung eine (mit)angestrebte Absatzförderung eines in einem Spot erwähnten Gastronomiebetriebes dann als gegeben angesehen, wenn Liveübertragungen von Spielen der Fußball Weltmeisterschaft im Rahmen eines "Public Viewing" in einer konkret genannten Strandbar angekündigt werden (vgl. VwGH vom 26. Februar 2016, Ra 2016/03/0021).

48 **B.c.2.** Gegenständlich werden bei der Ankündigung der Veranstaltungsreihe, "Pistenbully on Tour", in Form eines (für Werbung üblichen) Spots die Daten der kommenden Veranstaltungen bzw Orte (8.12. T, 14.12. A, 21.12. Ta, 27.12. M, 29.12. G) im Bild eingeblendet, wobei dadurch (entgegen dem Revisionsvorbringen) verdeutlicht wird, dass diese Veranstaltungen im jeweiligen Schigebiet der genannten Orte stattfinden und daher ein Bezug zu diesen Schigebieten hergestellt wird.

49 Eine Absatzförderung zugunsten der jeweiligen Schigebiete bzw Betreiber kommt schon dadurch zum Ausdruck, dass die Orte dieser Schigebiete im Zusammenhang mit der Veranstaltungsreihe im Bild eingeblendet werden und dieser Spot damit dazu animieren soll, in das jeweilige Schigebiet zu kommen (womit in der Regel auch die Inanspruchnahme von entgeltlichen Leistungen verbunden ist). Unterstützt wird dieses Ergebnis dadurch, dass der jeweilige Liftbetreiber, der als Veranstalter der jeweiligen Veranstaltung der "Pistenbully on Tour" auftritt, offensichtlich eine Attraktivierung und Bewerbung seines entgeltlichen Angebots annimmt, verpflichtet er sich doch gemäß einer Vereinbarung mit der OMC, dieser für die Erbringung von näher angeführten Leistungen für die Abhaltung der Veranstaltung eine Zahlung zu leisten. Derart erfolgt im Übrigen auch ein Beitrag gegenüber der OMC zur Tragung der dieser entstehenden Kosten für die von ihr bewerkstelligte Veranstaltungsreihe "Pistenbully on Tour", im Rahmen derer dann ihre näher angeführten Leistungen für die Abhaltung der Veranstaltung jeweils erforderlich sind, was darauf hinausläuft, dass der OMC die Tragung der sie treffenden Kosten (zum Teil) erspart wird (vgl. idZ VwGH vom 22. Februar 2012, 2009/03/0180).

50 **B.d.** Zur Äußerung, die gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung oder als Eigenwerbung gesendet wird:

51 Zur Beurteilung des Tatbestandsmerkmals der Entgeltlichkeit bei Werbung kommt es nach der ständigen Judikatur darauf an, ob für die Ausstrahlung des jeweils konkret zu beurteilenden Hinweises nach dem üblichen Verkehrsgebrauch ein Entgelt bzw eine Gegenleistung zu leisten wäre. Es ist daher grundsätzlich von einem objektiven Maßstab und dem üblichen Verkehrsgebrauch auszugehen; nicht entscheidend ist hingegen, ob tatsächlich ein Entgelt geleistet worden ist (vgl. etwa VwGH vom 19. November 2008, 2005/04/0172; VwGH vom 21. Oktober 2011, 2009/03/0173; VwGH vom 26. Februar 2016, Ra 2016/03/0021).

52 Im gegenständlichen Fall kann mit dem BVwG davon ausgegangen werden, dass nach dem üblichen Verkehrsgebrauch für die Ausstrahlung des gegenständlichen Spots ein Entgelt bzw eine Gegenleistung zu leisten wäre. Gegenteiliges wird auch von den Revisionswerbern nicht konkret dargetan.

53 **B.e.** Festzuhalten ist ferner, dass der EuGH mit Urteil vom 17. Februar 2016, C-314/14, *Sanoma Media Finland Oy/Nelonen Media*, dargelegt hat, dass Art 23 der AVMD-Richtlinie darauf abzielt, die Sendezeit für

Fernseherbespots und Teleshopping innerhalb einer vollen Stunde zu begrenzen, weswegen diese Bestimmung implizit, aber notwendigerweise der Absicht des Unionsgesetzgebers folgt, das ordnungsgemäße Erreichen des wesentlichen Ziels dieser Richtlinie sicherzustellen, das darin besteht, die Verbraucher als Zuschauer gegen übermäßige Fernsehwerbung zu schützen. Daher ist diese Bestimmung so auszulegen, dass sie es den Mitgliedstaaten nicht erlaubt, die Mindestsendezeit, die für die Ausstrahlung von Sendungen oder anderen redaktionellen Inhalten bestimmt ist, zugunsten von Werbeelementen auf unter 80 % innerhalb einer vollen Stunde - die in diesem Artikel implizit bestätigte Grenze - herabzusetzen. Art 23 Abs 1 der AVMD-Richtlinie ist für den Fall, dass ein Mitgliedstaat nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht habe, eine strengere Bestimmung als in diesem Artikel vorzusehen, nicht nur dahin auszulegen, dass er es nicht verbietet, "schwarze Sekunden", die zwischen den einzelnen Spots einer Fernsehwerbeunterbrechung oder zwischen dieser Unterbrechung und der Fernsehsendung, die dieser nachfolgt, eingefügt sind, in die maximal zulässige Sendezeit für Fernsehwerbung von 20 % innerhalb einer vollen Stunde einzuberechnen, die dieser Artikel festlegt, sondern auch dahin, dass er eine solche Einberechnung vorschreibt.

54 Ausgehend davon liegt eine Überschreitung der höchstzulässigen Werbezeit pro Stunde dann vor, wenn die Mindestzeit, die für die Ausstrahlung von Sendungen oder anderen redaktionellen Inhalten bestimmt ist, zugunsten von Werbeelementen auf unter 80 % innerhalb einer vollen Stunde herabgesetzt wird. In einem Fall, in dem ein Spot (eine Äußerung) getrennt vom redaktionellen Programm im Werbeblock gesendet wird (wie der Aktenlage zufolge auch im vorliegenden Fall), kann es dahinstehen, ob dieser Spot tatsächlich als Werbung zu qualifizieren wäre, wird er doch gerade nicht im redaktionellen Programm gesendet, sondern davon getrennt im Werbeblock, weshalb er in jedem Fall (ebenso wie die "schwarzen Sekunden") in die höchstzulässige Werbezeit einzurechnen ist.

55 **B.f.** Wenn die Revisionswerber eine Verletzung des Parteiengehörs mit dem Vorbringen, im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 21. November 2016 habe das BVwG auf eine den Revisionswerbern zu diesem Zeitpunkt unbekannte Stellungnahme der belangten Behörde vom 23. Mai 2016 verwiesen und diese zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung erklärt (nicht hingegen verlesen), ist ihnen zunächst zu entgegnen, dass zufolge der seitens der Vertreter der Revisionswerber unterschriebenen Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom (gemeint wohl:) 21. November 2016 festgehalten wurde, dass sämtliche beim BVwG eingelangte Stellungnahmen, so auch die Stellungnahme der belangten Behörde vom 23. Mai 2016, den Verfahrensparteien wechselseitig zugestellt wurden. Den Vertretern der Revisionswerber wurde auch Akteneinsicht angeboten, was diese nicht in Anspruch nahmen. Im Übrigen erstreckt sich auch im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten das einzuräumende Parteiengehör nur auf die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts, nicht aber auf die vorzunehmende rechtliche Beurteilung (vgl VwGH vom 17. Dezember 2014, Ro 2014/03/0066, mwH). Mit dem Revisionsvorbringen, die Revisionswerber hätten ihre rechtliche Meinung (hinsichtlich der geschlossenen Vereinbarung) erst in der Revision darbringen können, kann somit ein wesentlicher Verfahrensmangel nicht aufgezeigt werden.

56 **B.g.** Auch das Vorbringen, es liege ein unverschuldeter Verbotsirrtum (entschuldbarer Rechtsirrtum) vor, erweist sich für die Revisionswerber als nicht zielführend. Ein solcher Rechtsirrtum im Sinne des § 5 Abs 2 VStG setzt voraus, dass dem Betroffenen das Unerlaubte seines Verhaltens trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist. Auch eine irrige Gesetzesauslegung entschuldigt den Betroffenen nur dann, wenn sie unverschuldet war. Um sich darauf berufen zu können, bedarf es (zur Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht) einer Objektivierung der einggenommenen Rechtsauffassung durch geeignete Erkundigungen (vgl VwGH vom 24. März 2015, 2013/03/0054, mwH). Die bloße Argumentation im Verwaltungsstrafverfahren mit einer - allenfalls sogar plausiblen -

Rechtsauffassung vermag ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum bei einer derartigen Konstellation nicht auszuschließen. Selbst guter Glaube stellt den angeführten Schuldaußschließungsgrund dann nicht dar, wenn es - wie im Revisionsfall - Sache der Partei ist, sich mit den einschlägigen Vorschriften vertraut zu machen und im Zweifel bei der Behörde nachzufragen (vgl etwa VwGH vom 24. März 2015, 2013/03/0054, mwH). Auf dieser Grundlage stellt eine von der Abteilung Recht und Auslandsbeziehungen der zweitbeteiligten Partei eingeholte Auskunft keine geeignete Erkundigung dar und vermag daher keinen Entschuldigungsgrund im Sinn der dargelegten Rechtslage abzugeben.

57 C. Zu Spruchpunkt 15. des verwaltungsbehördlichen Straferkenntnisses

58 Den Revisionswerbern ist zu entgegnen, dass sich die beim Verwaltungsgericht erhobene Beschwerde vom 9. Dezember 2015 (sowohl im einleitenden Absatz als auch in den Beschwerdeanträgen) uneingeschränkt gegen das (gesamte) verwaltungsbehördliche Straferkenntnis vom 10. November 2015 richtet. Es wurde beantragt, dieses verwaltungsbehördliche Straferkenntnis aufzuheben und das Verfahren einzustellen, in eventu die Strafe deutlich zu reduzieren und keine Kosten vorzuschreiben. Insoweit sich die Beschwerde gegen die Strafhöhe wendet, ist auch insofern keine Einschränkung auf bestimmte Spruchpunkte des verwaltungsbehördlichen Straferkenntnisses ersichtlich. Es kann daher dem BVwG nicht entgegengetreten werden, wenn es meritorisch über den Tatvorwurf laut Spruchpunkt 15. absprach. Daran ändert auch nichts, dass das BVwG hinsichtlich Spruchpunkt 15. des verwaltungsbehördlichen Straferkenntnisses darlegt, dass dieser Spruchpunkt in der Beschwerde nicht bekämpft werde, kann doch diese Aussage aufgrund des weiteren explizit

auch in Bezug auf Spruchpunkt 15. dargelegten Vorbringens betreffend der Strafbemessung und des Vorliegens eines Entschuldigungsgrundes nur so verstanden werden, dass das BVwG davon ausgeht, dass bloß die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes in der Beschwerde nicht bekämpft worden sei.

59 **IV. Ergebnis**

60 **A.** Die vorliegende Revision erweist sich somit als unbegründet und war daher gemäß § 42 Abs 1 VwGG abzuweisen.

61 **B.** Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs 2 Z 6 VwGG abgesehen werden, weil das BVwG - ein Tribunal im Sinne des Art 6 MRK und ein Gericht im Sinne des Art 47 GRC - eine mündliche Verhandlung durchgeführt hat, weshalb weder Art 47 GRC noch Art 6 MRK der Abstandnahme von einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof entgegenstehen (vgl dazu VwGH vom 17. Dezember 2014, Ro 2014/03/0066; VwGH vom 9. September 2015, Ra 2014/04/0036).

62 **C.** Der Spruch über den Aufwandsatz gründet auf §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014. Wien, am 1. September 2017