

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

13.08.2019

Geschäftszahl

Ra 2019/03/0068

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):

Ra 2019/03/0069

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Handstanger und Mag. Samm als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Revision 1.) des Dr. R F in B, vertreten durch Mag. Dr. Mathis Fister, Rechtsanwalt in 9020 Klagenfurt, Dr. Arthur Lemisch-Platz 7/III und 2.) des Österreichischen Rundfunks Wien, vertreten durch Tschurtschenthaler Walder Fister Rechtsanwälte GmbH in 9020 Klagenfurt, Dr. Arthur Lemisch-Platz 7, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. April 2019, Zlen. W219 2141627-1/21E und W219 2176999-1/22E, betreffend Verletzung des ORF-Gesetzes (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Kommunikationsbehörde Austria), den **Beschluss** gefasst:

Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung**1 I. Gegenstand**

2 **A.** Zur Vorgeschichte wird auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. Jänner 2019, Ro 2018/03/0012 bis 0013, verwiesen, mit dem der Verwaltungsgerichtshof das gegenüber den revisionswerbenden Parteien ergangene Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes (VwG) hinsichtlich des Ausspruches über die verhängte Strafe aufhob. Aufgrund des eindeutig erkennbaren Gesamtkonzeptes des Erstrevisionswerbers, Beiträge innerhalb der Sendungen "Radio Tirol am Vormittag" bzw. "Radio Tirol am Nachmittag" als eigenständige Sendungen iSd § 1a Z 5 lit. b ORF-G zu behandeln, der daraus abzuleitenden gesamteinheitlichen Sorgfaltswidrigkeit sowie wegen des zeitlichen Zusammenhangs der ausgestrahlten Beiträge, wären die dabei verwirklichten Handlungen im Ergebnis für jeden Punkt (Spruchpunkte B. und C. des erstinstanzlichen Straferkenntnisses) jeweils für sich genommen als lediglich eine Tat zu beurteilen gewesen, über den Erstrevisionswerber wäre dafür nur jeweils eine Strafe zu verhängen gewesen.

3 **B.** Mit dem nunmehr angefochtenen, im fortgesetzten Verfahren ergangenen Erkenntnis gab das VwG der Beschwerde der revisionswerbenden Parteien insoweit statt, als es den Ausspruch im angefochtenen Straferkenntnis über die verhängte Strafe, die Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens und den Haftungsausspruch nach § 9 Abs. 7 VStG wie folgt abänderte:

"Wegen der in Punkt B. des Tatvorwurfs im angefochtenen Straferkenntnis bezeichneten einzelnen Verhaltensweisen (nummeriert als 1.1, 1.2, 2.1., 2.2, 2.3, 3.1., 3.2., 3.3., 3.4., 4.1. und 4.2.), die als lediglich eine Tat zu beurteilen sind, wird über den Erstbeschwerdeführer gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 ORF-G eine Geldstrafe von 26.400,-- Euro, falls diese uneinbringlich ist, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen verhängt.

Wegen der in Punkt C. des Tatvorwurfes im angefochtenen Straferkenntnis bezeichneten einzelnen Verhaltensweisen (nummeriert als 1., 2.1., 2.2., 3.1., 3.2., und 4.), die als lediglich eine Tat zu beurteilen sind, wird über den Erstbeschwerdeführer gemäß § 38 Abs. 1 Z 2 iVm § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 1 ORF-G eine Geldstrafe von 8.640,-- Euro, falls diese uneinbringlich ist eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen verhängt.

Die zweitbeschwerdeführende Partei haftet für die verhängten Strafen sowie die Verfahrenskosten gem. § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand."

4 Im Übrigen wies das VwG die Beschwerde ab und erachtete eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof als unzulässig. 5 Begründend führte das VwG zusammengefasst aus, dass eine Verjährung gemäß § 43 VwGGV nicht eingetreten sei, weil die Frist mit der Aufhebung des im ersten Verfahrensgang ergangenen Erkenntnisses neu zu laufen begonnen habe. Auch eine Strafflosigkeit mangels Verschuldens wegen fehlendem Schuldnachweis iSd § 5 Abs. 1a VStG sei nicht anzunehmen, weil hinsichtlich des Schuldanspruches Teilrechtskraft eingetreten sei. Der Verwaltungsgerichtshof habe das im ersten Verfahrensgang ergangene Erkenntnis des VwG hinsichtlich des Ausspruches über die verhängte Strafe aufgehoben, weshalb der Ausspruch über die Schuld, auch was die Tatvorwürfe in den Punkten B. und C. betreffe, rechtskräftig sei. Weiters sei auch nicht mit "Beraten statt Strafe" iSd § 33a VStG vorzugehen gewesen, weil weder die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat, noch das Verschulden des Erstrevisionswerbers als gering einzustufen sei. Das tatbildmäßige Verhalten bliebe nicht hinter dem in der Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt zurück. Der Erstrevisionswerber habe durch die Ausstrahlung der Sponsorhinweise während einer Sendung und durch die Unterlassung der Kennzeichnung der gesponserten Sendungen ein völlig typisches Übertretungsverhalten im Hinblick auf § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 1 und 2 ORF-G zu verantworten. Hinsichtlich der Strafbemessung führte das VwG aus, dass aufgrund des geänderten Jahreseinkommens des Erstrevisionswerbers, welches sich um 0,2% im Vergleich zu dem dem im ersten Verfahrensgang ergangenen Erkenntnis zugrunde gelegten Jahreseinkommen verringert habe, eine Reduktion der Strafe vorzunehmen sei. Ausgehend davon, dass im Zusammenhang mit den in den Spruchpunkten B. und C. des Straferkenntnisses vorgeworfenen Handlungen wegen Vorliegens einer tatbestandlichen Handlungseinheit jeweils nur eine einzige Verwaltungsübertretung verwirklicht worden sei, sei zur Strafbemessung festzuhalten, dass der Umstand, dass es im vorliegenden Fall zur Ausstrahlung von nicht nur einer, sondern von insgesamt vier Sendungen, während derer insgesamt elf Sponsorhinweise gesendet wurden, gewiss zu einer größeren Intensität der konkreten Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes geführt habe, als dies der Fall gewesen wäre, wenn nur ein einziger Sponsorhinweis während einer Sendung ausgestrahlt worden wäre. Es sei jedoch nicht davon auszugehen, dass es zu einer "Ver-11-fachung" des Ausmaßes des Verschuldens des Erstrevisionswerbers komme, zumal sich die mehrfache Ausstrahlung als Ausfluss einer einheitlichen Sorgfaltswidrigkeit darstelle. Dasselbe gelte für den Verstoß gegen das Kennzeichnungsgebot. Daher seien die im Spruch bezifferten (reduzierten) Geldstrafen unter Berücksichtigung des Milderungsgrundes der langen Verfahrensdauer, aber auch des Erschwerungsgrundes der vielfachen früheren Bestrafung des Erstbeschwerdeführers wegen Verletzung von Werbebestimmungen zu verhängen gewesen.

6 C. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die Rechtswidrigkeit des Inhalts in eventu Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Revision.

7 II. Rechtslage

8 A. Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Gemäß § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen. Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen, wobei diese gesondert darzustellen sind. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG liegt dann nicht vor, wenn die Rechtslage völlig klar und eindeutig ist, und zwar auch dann, wenn zu einer dieser anzuwendenden Normen keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes erging (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung etwa VwGH 21.5.2019, Ra 2019/03/0009, und VwGH 5.9.2018, Ra 2018/03/0027, beide mwH).

9 B. Die hier maßgeblichen Bestimmungen des VwGGV lauten:

"Verbot der Verhängung einer höheren Strafe

§ 42. Auf Grund einer vom Beschuldigten oder auf Grund einer zu seinen Gunsten erhobenen Beschwerde darf in einem Erkenntnis oder in einer Beschwerdeentscheidung keine höhere Strafe verhängt werden als im angefochtenen Bescheid.

Verjährung

§ 43. (1) Sind seit dem Einlangen einer rechtzeitig eingebrachten und zulässigen Beschwerde des Beschuldigten gegen ein Straferkenntnis bei der Behörde 15 Monate vergangen, tritt es von Gesetzes wegen außer Kraft; das Verfahren ist einzustellen.

(2) In die Frist gemäß Abs. 1 werden die Zeiten gemäß § 34 Abs. 2 und § 51 nicht eingerechnet."

10 C. Die relevanten Bestimmungen des VStG idF

BGBI. I Nr. 57/2018 lauten:

"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.

...

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.

...

Beratung

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

(2) Wird der schriftlichen Aufforderung innerhalb der von der Behörde festgelegten oder erstreckten Frist entsprochen, dann ist die weitere Verfolgung einer Person wegen jener Übertretungen, betreffend welche der den Rechtsvorschriften und behördlichen Verfügungen entsprechende Zustand hergestellt worden ist, unzulässig.

(3) Die Intensität der Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes ist jedenfalls nicht gering, wenn die Übertretung nachteilige Auswirkungen auf Personen oder Sachgüter bewirkt hat oder das Auftreten solcher Auswirkungen bei auch nur kurzem Andauern des strafbaren Verhaltens oder der strafbaren Tätigkeiten zu erwarten ist.

(4) Die Intensität der Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes gilt als gering, wenn geringfügige Abweichungen von technischen Maßen festgestellt wurden und keine der im Abs. 3 genannten Umstände vorliegen.

(5) Abs. 1 und 2 sind jedenfalls nicht anzuwenden auf

1. Übertretungen von Verwaltungsvorschriften, die zur Strafbarkeit vorsätzliches Verhalten erfordern;
2. Übertretungen, die innerhalb der letzten drei Jahre vor Feststellung der Übertretung bereits Gegenstand einer Beratung und schriftlichen Aufforderung durch die Behörde waren oder zu denen einschlägige noch nicht getilgte Verwaltungsstrafen bei der Behörde aufscheinen;
3. Übertretungen, die Anlass zu in den Verwaltungsvorschriften vorgesehenen einstweiligen Zwangs- und Sicherungsmaßnahmen geben;
4. Übertretungen, für welche die Verwaltungsvorschriften die Maßnahme der Entziehung von Berechtigungen vorsehen.

...

§ 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

...

Tilgung der Strafe

§ 55. (1) Ein wegen einer Verwaltungsübertretung verhängtes Straferkenntnis zieht, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, keinerlei Straffolgen nach sich und gilt mit Ablauf von fünf Jahren nach Eintritt der Rechtskraft als getilgt.

(2) Getilgte Verwaltungsstrafen dürfen in amtlichen Auskünften für Zwecke eines Strafverfahrens nicht erwähnt und bei der Strafbemessung im Verwaltungsstrafverfahren nicht berücksichtigt werden."

11 III. Würdigung

12 **A.** Ausgehend von dieser Rechtslage ist es den

revisionswerbenden Parteien nicht gelungen, die Zulässigkeit ihrer Revision aufzuzeigen:

13 **B.** In der Zulässigkeitsbegründung der gegenständlichen Revision wird zunächst geltend gemacht, es liege keine gesicherte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage vor, ob die Frist des § 43 VwGVG nach einem aufhebenden Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes neu zu laufen beginne.

14 Demgegenüber hat der Verwaltungsgerichtshof bereits ausgesprochen, dass die zu § 51 Abs. 7 VStG ergangene Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch zur vorliegend aufgeworfenen Rechtsfrage in Zusammenhang mit § 43 VwGVG heranzuziehen ist. Es war vor Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass bei Aufhebung einer Berufungsentscheidung durch den Verwaltungsgerichtshof der Berufungsbehörde neuerlich eine Frist von 15 Monaten iSd § 51 Abs. 7 VStG ab Zustellung des aufhebenden Erkenntnisses an sie eingeräumt ist; diese Frist begann neu zu laufen (vgl. etwa VwGH 5.9.2013, 2013/09/0091). Dasselbe gilt für § 43 VwGVG: Die dort als *lex specialis* zu § 34 Abs. 1 VwGVG (vgl. etwa VwGH 25.1.2018, Fr 2017/06/0002) normierte Entscheidungsfrist der Verwaltungsgerichte im Verwaltungsstrafverfahren beginnt bei Aufhebung einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtes durch den Verwaltungsgerichtshof neuerlich zu laufen (vgl. VwGH 29.11.2017, Ro 2017/04/0020). Auf Basis dieser Rechtslage war (entgegen der Revision) im Zeitpunkt der Entscheidung des VwG die Verjährung gemäß § 43 VwGVG noch nicht eingetreten.

15 **C.** Weiters bringen die revisionswerbenden Parteien in der Zulässigkeitsbegründung ihrer Revision vor, es fehle Rechtsprechung zur Regelung des § 33a VStG, wonach mit Beraten statt Strafen vorzugehen sei, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering seien. Das VwG habe sich nicht ausreichend mit den Tatbestandsmerkmalen auseinandergesetzt und es sei im fortgesetzten Verfahren vorgebracht worden, dass eine qualitätsgesicherte Organisation eingerichtet gewesen sei, was bei der Beurteilung des Verschuldens zu berücksichtigen gewesen wäre. 16 Auch damit zeigen die revisionswerbenden Parteien keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG auf. Wie der Verwaltungsgerichtshof schon zum Begriff des "geringen Verschuldens" im Verständnis der - der Regelung des § 33a Abs. 1 VStG insoweit gleichläufigen - Bestimmung des § 45 Abs. 1 VStG und der Vorgängerbestimmung § 21 Abs. 1 VStG idF BGBl. I Nr. 33/2013 ausgesprochen hat, kann von einem geringem Verschulden generell nur dann gesprochen werden, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. etwa VwGH 27.2.2019, Ra 2018/04/0134; VwGH 10.4.2013, 2011/08/0218). Dieses Verständnis ist auch für § 33a VStG bezüglich des dort ebenso verwendeten Begriffs des "geringen Verschuldens" maßgeblich. Nach dem Auslegungsprinzip der Einheit der Rechtsordnung und der Rechtssprache ist nämlich prinzipiell davon auszugehen, dass in der Rechtssprache geprägte Begriffe die gleiche Bedeutung haben (vgl. etwa VwGH 20.9.2018, Ra 2017/09/0001, mwH). Derart ist auch hier darauf abzustellen, ob das tatbildmäßige Verhalten des Täters gerade einen typischen Fall eines nach der Strafbestimmung verpönten Verhaltens darstellt (vgl. idS VwGH 4.10.2012, 2012/09/0134; VwGH 23.6.2010, 2009/06/0129).

17 Im vorliegenden Fall geht das VwG nicht von einem geringen Verschulden aus, zumal der Erstrevisionswerber durch die Annahme, dass jeweils mit Sponsorhinweisen versehene kürzere Ausstrahlungen eigene Sendungen darstellen würden, ein völlig typisches Übertretungsverhalten im Hinblick auf § 17 Abs. 1 Z 2 Satz 1 und 2 ORF-G zu verantworten habe. Das Zulässigkeitsvorbringen der gegenständlichen Revision zeigt nicht auf, inwiefern das VwG mit dieser Beurteilung von der dargestellten Rechtslage abgewichen bzw. inwiefern von einem geringen Verschulden auszugehen wäre, für den Verwaltungsgerichtshof sind auch sonst keine Umstände erkennbar, die die Annahme eines geringen Verschuldens im Sinne des § 33a VStG begründen würden.

18 Hinsichtlich des Vorbringens, es sei eine qualitätssichernde Organisation eingerichtet gewesen, welche bei Beurteilung der Verschuldensgesichtspunkte des § 33a VStG und des § 19 VStG zu berücksichtigen gewesen wären, ist noch anzumerken, dass in der Zulässigkeitsbegründung der Revision nicht konkret vorgebracht bzw. aufgezeigt wurde, inwiefern ein solches Kontrollsystem (vgl. VwGH 21.5.2019, Ra 2019/03/0009) eingerichtet wurde, weshalb auch mit diesem Vorbringen nichts zu gewinnen ist. 19 **D.** Weiters wird in der

Zulässigkeitsbegründung der Revision vorgebracht, in dem im ersten Rechtsgang ergangenen Erkenntnis des VwG sei für die Verwaltungsübertretungen je eine Strafe im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens als angemessen betrachtet worden (EUR 3.000,-- bzw. EUR 1.800,-- pro Verstoß). Nunmehr verhängte das VwG im fortgesetzten Verfahren für jeweils einen Verstoß eine Strafe von EUR 26.400,-- bzw. EUR 8.640,--. Damit werde das Verbot der *reformatio in peius* verletzt. Sollte man dagegen einwenden, dass von den verhängten "Gesamtstrafen" von EUR 33.000,-- für elf Verstöße und EUR 10.800,-- für sechs Verstöße auszugehen sei, würde dies am Ergebnis nichts ändern. Das dem Erstrevisionswerber anzulastende Unrecht sei vom Verwaltungsgerichtshof erheblich reduziert worden, da vom Erstrevisionswerber nur jeweils ein Verstoß zu verantworten sei. Es wäre daher die im Erkenntnis verhängten Gesamtstrafen um den Faktor elf bzw. um den Faktor sechs nach unten zu korrigieren gewesen und hätte demnach bezüglich Spruchpunkt B. eine Strafe von maximal EUR 3.000,-- und bezüglich Spruchpunkt C. von maximal EUR 1.800,-- verhängt werden dürfen.

20 Das VwG beurteilte das gesamte, dem Erstrevisionswerber auch schon im erstinstanzlichen Straferkenntnis angelastete Verhalten als strafbar und änderte lediglich die rechtliche Subsumtion dahingehend, dass aufgrund des Vorliegens fortgesetzter Delikte anstelle von elf (Spruchpunkt B.) bzw. sechs (Spruchpunkt C.) Verwaltungsübertretungen jeweils eine Verwaltungsübertretung angenommen wird. Dabei verstößt das VwG nicht gegen das Verbot der *reformatio in peius*, wenn die verhängte Strafe nicht höher ist als die Summe der von der ersten Instanz verhängten Strafen (vgl. VwGH 5.9.2018, Ra 2018/11/0144; VwGH 19.5.2009, 2007/10/0184 und die dort zitierte Judikatur). Vorliegend hat das VwG die Summe der im Straferkenntnis verhängten Strafen nicht überschritten, sondern die Strafen hinsichtlich Spruchpunkt B. von insgesamt EUR 55.000,-- auf EUR 26.400,-- und hinsichtlich Spruchpunkt C. von insgesamt EUR 18.000,-- auf EUR 8.640,-- herabgesetzt, weshalb ein Verstoß gegen das Verbot der *reformatio in peius* nicht gegeben ist.

21 E. Auch sei das VwG von der Rechtsprechung bezüglich der Strafbemessung gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 VStG abgewichen, da es § 5 Abs. 1a VStG bei der Beurteilung des Ausmaßes des Verschuldens unberücksichtigt gelassen habe. Das Verschulden des Erstrevisionswerbers müsste aber im fortgesetzten Verfahren im Lichte der Regelung des § 5 Abs. 1a VStG neu bewertet werden. Darüber hinaus sei die Strafbemessung nicht nachvollziehbar, weil konkrete, nachvollziehbare Feststellung zu den in § 19 VStG genannten strafbestimmenden Umständen fehlten. Auch habe das VwG rechtswidriger Weise bereits getilgte Verwaltungsstrafen als Erschwerungsgrund herangezogen.

22 Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, dass der durch das Vorerkenntnis vom 29. Jänner 2019, Ro 2018/03/0012 bis 0013, im ersten Rechtsgang bestätigte Schuldspruch hinsichtlich der gegenständlichen Spruchpunkte B. und C. unberührt blieb und insofern rechtskräftig wurde, somit nicht Gegenstand des (nunmehr) angefochtenen Erkenntnisses war und derart § 5 Abs. 1a VStG vom Verwaltungsgerichtshof im zweiten Rechtsgang insofern nicht aufgegriffen werden kann (vgl. VwGH 16.9.2009, 2008/09/0164). Eine Berücksichtigung bei der Strafbemessung kommt aber nicht in Betracht, weil § 5 Abs. 1a VStG nach ihrem klaren Wortlaut keine auf das Ausmaß des Verschuldens bezogene Rechtsnorm darstellt, sondern sich auf die Anwendbarkeit der gesetzlichen Verschuldensvermutung iSd § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG bezieht. Der in der Zulässigkeitsbegründung hinsichtlich der Strafbemessung ins Treffen geführte § 5 Abs. 1a VStG sieht vor, dass die (widerlegliche) gesetzliche Vermutung, dass den Beschuldigten ein Verschulden trifft (§ 5 Abs. 1 leg. cit.), nicht gilt, wenn die Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über EUR 50.000,-- bedroht ist. Diese Bestimmung legt damit fest, dass bei solchen Verwaltungsübertretungen die Beurteilungslast dahin, ob eine beschuldigte Person den objektiven Tatbestand eines solchen Ungehorsamsdeliktes gesetzt hat, das Verwaltungsgericht (bzw. davor die Verwaltungsbehörde) trifft. Eine Umkehrung iSd § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG tritt überhaupt erst dann in den Blick, wenn der objektive Tatbestand eines Ungehorsamsdeliktes feststeht und lediglich das Vorliegen eines Verschuldens in Abrede gestellt wird. Das Verwaltungsgericht (bzw. davor die Verwaltungsbehörde) hat allerdings bei Vorliegen von Anhaltspunkten, die am Verschulden des Beschuldigten zweifeln lassen, ohnehin auch die Verschuldensfrage von Amts wegen zu klären. Die Regelung des § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG befreit angesichts des § 25 Abs. 2 VStG das Verwaltungsgericht bzw. die Verwaltungsbehörde somit nicht von der Verpflichtung, von sich aus Umstände zu berücksichtigen, von denen sie etwa bereits bei der Ermittlung des äußeren Tatbestandes Kenntnis erlangt hat (vgl. VwGH 21.5.2019, Ra 2019/03/0009). Vor diesem Hintergrund geht das Vorbringen der revisionswerbenden Parteien, das VwG habe § 5 Abs. 1a VStG bei der Strafbemessung unberücksichtigt gelassen, fehl.

23 Soweit das Zulässigkeitsvorbringen der Revision weiters die Strafbemessung durch das VwG thematisiert, ist diesem zu erwidern, dass es sich bei der Strafbemessung um eine Ermessensentscheidung für den einzelnen Fall handelt, die im Allgemeinen - wenn sie in vertretbarer Weise im Rahmen der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze vorgenommen wurde - keine grundsätzliche Rechtsfrage darstellt. Vom Verwaltungsgerichtshof ist daher (bloß) zu prüfen, ob das Verwaltungsgericht von dem ihm eingeräumten Ermessen im Sinn des Gesetzes Gebrauch gemacht hat, das heißt, ob die verhängte Strafe unter Bedachtnahme auf die Strafbemessungsgründe vertretbar erscheint (vgl. VwGH 25.10.2018, Ra 2018/09/0145). Im vorliegenden Fall hat das VwG im angefochtenen Erkenntnis unter Ausführungen zur Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und der Intensität seiner Beeinträchtigung, unter Berücksichtigung des von den revisionswerbenden Parteien vorgebrachten Milderungsgrundes der langen Verfahrensdauer, des Erschwerungsgrundes der mehrfachen früheren Bestrafung des Erstrevisionswerbers wegen Verletzung von

Werbebestimmungen sowie der vom Erstrevisionswerber angegebenen Einkommensverhältnisse und des Verschuldensgrades eine ausreichende Abwägung zur Strafbemessung vorgenommen. 24 Auch das Zulässigkeitsvorbringen, das VwG habe bereits getilgte einschlägige Verwaltungsstrafen als erschwerend herangezogen, erweist sich als nicht zielführend. Nach den insofern unbestrittenen Feststellungen des VwG wurden über den Erstrevisionswerber mit Straferkenntnis der vor dem VwG belangten Behörde vom 6. November 2014 wegen insgesamt 28 Übertretungen betreffend Werbezeiten (§ 14 Abs. 5 Satz 2 und 4 ORF-G) und Sponsoring (§ 17 Abs. 1 Z 2 Satz 2 und § 17 Abs. 5 ORF-G) Geldstrafen verhängt. Dieses Straferkenntnis wurde mit 16. Februar 2016 rechtskräftig. Weiters wurden über den Erstrevisionswerber rechtskräftig mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 15. April 2015 wegen drei Übertretungen betreffend die Bestimmung der inhaltlichen Anforderungen und Beschränkungen der kommerziellen Kommunikation (§ 13 Abs. 1 Satz 2 iVm § 1a Z 7 ORF-G) Geldstrafen verhängt. Mit Straferkenntnis der vor dem VwG belangten Behörde vom 17. November 2015 wurde über den Erstrevisionswerber rechtskräftig eine Geldstrafe wegen Übertretung wiederum betreffend Sponsoring (§ 17 Abs. 1 Z 3 ORF-G) verhängt. Gemäß § 55 VStG zieht ein wegen einer Verwaltungsübertretung verhängtes Straferkenntnis, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, keinerlei Straffolgen nach sich und gilt mit Ablauf von fünf Jahren nach Eintritt der Rechtskraft als getilgt. Entgegen dem Revisionsvorbringen war die Tilgungsfrist hinsichtlich der aufgezählten Verwaltungsstrafen, welche allesamt aus Übertretungen von Bestimmungen zur kommerziellen Kommunikation resultieren, im Zeitpunkt der Entscheidung durch das VwG noch nicht abgelaufen. Das VwG ist daher nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen, wenn es die Verurteilungen wegen auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden Taten als erschwerend berücksichtigt hat (vgl. etwa VwGH 18.3.2004, 2003/05/0201). 25 **E.** Außerdem habe es das VwG verabsäumt den Spruch des Straferkenntnisses dahingehend zu korrigieren, dass der Tatzeitraum des fortgesetzten Delikts eindeutig umschrieben wird. Zudem fehle eine hinreichende Präzisierung der verletzten Verwaltungsvorschrift sowie den Strafsanktionsnorm gemäß § 44a Z 2 und 3 VStG.

26 Ist, wie im vorliegenden Fall, nur der Schuldspruch des Straferkenntnisses in Rechtskraft erwachsen, so kann die Frage der Rechtswidrigkeit des Schuldspruches - auch in Bezug auf die Einhaltung des § 44a VStG - nicht mehr geltend gemacht werden (vgl. VwGH 30.9.2014, Ra 2014/11/0052). Das Vorbringen der revisionswerbenden Parteien bezüglich § 44a VStG vermag somit schon deshalb keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG aufzuwerfen.

27 Ungeachtet dessen ist lediglich der Vollständigkeit halber noch anzumerken, dass der behauptete Verstoß gegen § 44a Z 1 VStG hier ohnehin nicht vorliegt. Nach § 44a Z 1 VStG hat der Spruch die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten; dazu ist zu beurteilen, ob die im Spruch eines Straferkenntnisses enthaltene Identifizierung der Tat nach Ort und Zeit dieser Bestimmung genügt oder nicht genügt, wobei eine Ungenauigkeit bei der Konkretisierung der Tat in Ansehung von Tatzeit und Tatort dann keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit des Strafbescheides hat, wenn dadurch keine Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten und keine Gefahr der Doppelbestrafung bewirkt wird. Für die Frage, wann die Zeit der Tat bzw. Begehung der Tat bei einem fortgesetzten Delikt und Dauerdelikt war, ist das Tatende bzw. der letzte Teilakt entscheidend (vgl. VwGH 9.11.2011, 2010/06/0045). Im vorliegenden Fall lässt sich das Tatende bzw. der letzte Teilakt aus dem Straferkenntnis eindeutig entnehmen, weil alle Tathandlungen der jeweiligen fortgesetzten Delikte mit Datum und genauer Uhrzeit beschrieben sind, sodass eine Gefahr der Doppelbestrafung auszuschließen ist. Auch die verletzte Verwaltungsvorschrift (§ 17 Abs. 1 Z 2 Satz 1 bzw. Satz 2 ORF-G) und die Strafsanktionsnorm (§ 38 Abs. 1 Z 2 ORF-G) wurden im Straferkenntnis eindeutig bezeichnet.

28 **IV. Ergebnis**

29 In der Revision werden somit keine Rechtsfragen

aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme.

30 Die Revision war daher gemäß § 34 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung zurückzuweisen, weshalb schon aus diesem Grund die Durchführung der beantragten Verhandlung entbehrlich war.

Wien, am 13. August 2019

European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2019:RA2019030068.L00