

TE Bvgw Erkenntnis 2017/11/28

W157 2166033-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.11.2017

Entscheidungsdatum

28.11.2017

Norm

B-VG Art.133 Abs4

TKG 2003 §107 Abs2 Z1

TKG 2003 §107 Abs3

TKG 2003 §109 Abs3 Z20

TKG 2003 §113 Abs5a

VStG 1950 §19 Abs1

VStG 1950 §19 Abs2

VStG 1950 §21

VStG 1950 §45 Abs1

VStG 1950 §45 Abs1 Z4

VStG 1950 §5 Abs1

VStG 1950 §5 Abs2

VStG 1950 §64

VStG 1950 §9 Abs1

VStG 1950 §9 Abs2

VStG 1950 §9 Abs7

VwG VG §38

VwG VG §44 Abs3

VwG VG §50 Abs1

VwG VG §52 Abs1

VwG VG §52 Abs2

VwG VG §52 Abs6

Spruch

W157 2166033-1/2E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Margret KRONEGGER als Einzelrichterin über die Beschwerde von XXXX als zur Vertretung der XXXX nach außen berufene Person gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Oberösterreich und Salzburg vom 12.07.2017, XXXX, zu Recht erkannt:

A)

I. Die Beschwerde wird gemäß § 50 Abs. 1 VwG VG iVm § 107 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 iVm § 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003 als unbegründet abgewiesen.

II. Gemäß § 52 Abs. 1, 2 und 6 VwG VG hat die Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von EUR 60,-- binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu leisten.

III. Gemäß § 38 VwG VG iVm § 9 Abs. 7 VStG haftet die XXXX für die der Beschwerdeführerin in Spruchpunkt II. auferlegten Kosten des Strafverfahrens im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis entschied die belangte

Behörde wie folgt:

"XXXX hat als gem. § 9 Verwaltungsstrafgesetz, BGBl 52/1991 i. d.g.F., als handelsrechtliche Geschäftsführerin zur Vertretung der Firma XXXX' nach außen berufene Person (XXXX), zu verantworten, dass diese entgegen § 107 Abs 2 Z 1 Telekommunikationsgesetz, BGBl I 70/2003, i.d.F. BGBl I 6/2016, eine elektronische Post zu Zwecken der Direktwerbung ohne vorherige Einwilligung des Empfängers zugesendet hat, indem, ausgehend von der E-Mail-Adresse XXXX , am 01.06.2017 um 14:00:25 +0200 eine E-Mail-Nachricht mit dem Betreff ‚Spinner – Der neue Werbemittel-Hit und weitere frische Ideen‘ ua. Informationen betreffend diverse Produkte, wie etwa ‚Powerbank Akkus‘, ‚Pfefferminz Minidrops‘ usw. beinhaltend, zugesendet wurde.

XXXX hat dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 109 Abs 3 Z 20 TKG begangen.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe in EUR

falls diese uneinbringlich ist Ersatzfreiheitsstrafe in Tagen

300,--

3

Weiters

hat XXXX gemäß § 64 VStG als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens 10% der verhängten Strafe, nämlich einen Betrag von 30 EUR zu bezahlen.

Der zu zahlende Gesamtbetrag beträgt somit 330 EUR.

Die Firma XXXX haftet für die im Spruch verhängte Strafe und die Kosten im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand."

In der Begründung führte die belangte Behörde insbesondere aus, XXXX , Inhaber der E-Mail-Adresse XXXX habe der Fernmeldebehörde mit Anzeige vom 07.06.2017 unter anderem mitgeteilt, dass er die im Spruch genannte E-Mail-Nachricht ohne seine Einwilligung erhalten habe. Absender der genannten E-Mail-Nachricht sei die Firma XXXX . Die Beschuldigte als handelsrechtliche Geschäftsführerin dieser Firma sei somit verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Mit Schreiben vom 13.06.2017, XXXX sei die Beschuldigte zur Rechtfertigung aufgefordert worden. Mit Schreiben vom 19.06.2017, bei der Fernmeldebehörde eingelangt am 26.06.2017, habe diese (zusammengefasst) mitgeteilt, es sei nicht ihre Absicht gewesen, den Empfänger der E-Mail zu belästigen. Die Kontaktadresse sei aus dem Kauf von Kontaktdaten über einen näher bezeichneten Dritten generiert worden. Von diesem sei der Beschwerdeführerin zugesichert worden, dass die Adressen für Mailings von den Empfängern freigegeben seien. Die Beschwerdeführerin nutze diese Adressen seit vielen Jahren, dies sei der erste Fall, das offensichtlich etwas nicht korrekt sei. Die genannte

E-Mail-Adresse sei sofort aus dem Verteiler gelöscht worden. Die Beschwerdeführerin würde nicht über weitere Daten zu dieser Adresse verfügen und sei diese auch nicht an Dritte weitergegeben worden. Eine Offenlegung der Vermögenssituation halte die Beschwerdeführerin "bei diesem Bagatellfall" für nicht angemessen.

Die belangte Behörde stellte fest, dass die Beschuldigte als handelsrechtliche Geschäftsführerin der Firma XXXX jedenfalls zu verantworten habe, dass die im Spruch des Straferkenntnisses genannte E-Mail-Nachricht zu Zwecken der Direktwerbung ohne vorherige Einwilligung des Anzeigers zugesendet worden sei.

Aufgrund der glaubwürdigen Angaben des Anzeigers gehe die Fernmeldebehörde davon aus, dass keine vorherige Einwilligung der kontaktierten Person zum Erhalt von Werbe-E-Mails vorliege. Eine allfällige Bekanntgabe der E-Mail-Adresse an den in der Rechtfertigung angeführten Drittdienstleister könne nicht als konkludente Zustimmung zum Erhalt von Werbe-E-Mails durch die Firma XXXX angesehen werden. Eine Zustimmungserklärung zum Empfang von E-Mail-Werbung durch die Firma XXXX werde von dem in der Rechtfertigung angeführten Drittdienstleister in diesem Zusammenhang nicht eingefordert und daher könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass eine allfällige Bekanntgabe der E-Mail-Adresse an den Drittdienstleister eine konkludente Zustimmung zum Empfang von Werbemails durch die Firma XXXX darstelle. Von einem Interesse des Anzeigers von der Firma XXXX mittels Werbemails kontaktiert zu werden, könne daher nicht ausgegangen werden und habe daher von der Beschuldigten auch nicht auf eine stillschweigende Einwilligung des Anzeigers geschlossen werden können.

Direktwerbung sei jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufes mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern. Vom Begriff der Werbung umfasst seien auch Formen der Kommunikation, die der Förderung des Erscheinungsbildes eines Unternehmens dienen. Daraus folge ein sehr weiter Begriff der Werbung.

Die Zusendung der gegenständlichen Nachricht erfülle daher das Kriterium der elektronischen Post zu Zwecken der Direktwerbung. Durch die von der Beschuldigten zu verantwortende Zusendung per E-Mail an die im Spruch angeführten Empfänger sei der Beschuldigten somit der objektive Tatbestand des § 107 Abs. 2 TKG anzulasten.

Hinsichtlich der subjektiven Tatseite sei auszuführen, dass die Beschuldigte die ihr als Unternehmerin zumutbare Sorgfalt bei der Prüfung der Frage des Vorliegens einer Zustimmung für die Versendung der Werbe-Nachricht außer Acht gelassen habe. Sie habe sich dabei auf die vom Drittdienstleister überlassenen Daten verlassen, bezüglich derer ihr laut ihren Angaben zugesichert worden sei, dass diese für Mailings von den Empfängern freigegeben seien. Es wäre ihr jedoch ohne weiteres zumutbar gewesen, sich bezüglich der Zulässigkeit der Versendung von Werbemails bei der Fernmeldebehörde zu erkundigen. Sie hätte sich nicht – ohne entsprechende Prüfung der Daten bzw. Nachfrage hinsichtlich des Vorliegens einer Einwilligung – auf diese Daten verlassen dürfen. Es sei ihr daher zumindest Fahrlässigkeit vorzuwerfen.

Die Beschuldigte habe den im Spruch angeführten Tatbestand demzufolge voll zu verantworten.

Die Familien-, Vermögens- und Einkommensverhältnisse seien bei der Strafbemessung insofern berücksichtigt worden, als mangels Bekanntgabe in der Rechtfertigung vom 19.06.2017 eine Einschätzung hätte vorgenommen werden müssen. Es sei darauf hinzuweisen, dass die Geldstrafe ohnehin im untersten Bereich des bis zu einem Betrag von EUR 37.000 reichenden Strafrahmens verhängt worden sei.

Die Strafe erscheine daher tat- und schuldangemessen und keinesfalls als überhöht. Es würden keine Erschwerungsgründe vorliegen. Mildernd sei die einschlägige Unbescholtenheit und die im Wesentlichen reumütige Verantwortung der Beschuldigten.

2. Gegen dieses Straferkenntnis erob die Beschwerdeführerin fristgerecht Rechtsmittel, in welchem im Wesentlichen ausgeführt wurde, eine verwaltungstechnische Unterstützung "für einen solchen Bagatellfall" sei nicht angemessen und nicht erforderlich und sorge nur dafür, dass die Mitarbeiter in den Behörden überlastet seien und sich "den wirklich wichtigen Dingen" nicht widmen könnten.

Bei einer ausdrücklichen Bestätigung unter Geschäftspartnern, dass die besagte Adresse für Mailings freigegeben worden sei, könne der Beschwerdeführerin keine Fahrlässigkeit unterstellt werden. Die Beschwerdeführerin habe in gutem Glauben gehandelt und wenn in diesem Einzelfall eventuell ein Fehler unterlaufen sein sollte, habe sie dies

bereits bedauert. Daraus aber eine Geldstrafe "abzuleiten" sei der Sache nicht angemessen. Hier hätte ein entsprechender Hinweis zur Löschung der Adresse ausgereicht, allenfalls mit einer Ermahnung unter Hinweis auf die Rechtslage.

3. Mit Beschwerdevorlage vom 31.07.2017 übermittelte die belangte Behörde dem Bundesverwaltungsgericht den vorliegenden Verwaltungsakt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

XXXX ist selbstständig vertretungsbefugte Geschäftsführerin der XXXX , welcher die E-Mail-Adresse XXXX zuzurechnen ist.

Ausgehend von dieser E-Mail-Adresse wurde am 01.06.2017 um 14:00:25 (MESZ) an XXXX , an die E-Mail-Adresse XXXX eine E-Mail-Nachricht mit dem Betreff "Spinner – Der neue Werbemittel-Hit und weitere frische Ideen" mit Informationen über diverse Produkte wie etwa "Powerbank Akkus" und "Pfefferminz Minidrops" ohne dessen vorherige Einwilligung zugesendet.

Die Beschwerdeführerin hat die E-Mail-Adresse des XXXX , nicht im Zusammenhang mit einer früheren geschäftlichen Beziehung zu diesem erhalten, sondern von einem Dritten erworben.

Es kann nicht festgestellt werden, dass bei der XXXX zum Zeitpunkt des Versandes der verfahrensgegenständlichen E-Mail-Nachricht ein geeignetes Maßnahmen- und Kontrollsysteem in Bezug auf die Überprüfung des Vorliegens einer entsprechenden Einwilligung hinsichtlich der Zusendung elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung bestanden hat.

Es bestehen hinsichtlich der Beschwerdeführerin keine Strafvermerkungen in Bezug auf § 107 Abs. 2 und 5 TKG 2003.

2. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt beruht auf dem Inhalt des Verwaltungsaktes, dem die beschwerdeführende Partei nicht entgegengetreten ist. Wenngleich die beschwerdeführende Partei vorbringt, ihr sei von einem Dritten zugesichert worden, dass betreffend die Empfänger-E-Mail-Adresse ein Einverständnis hinsichtlich des Versands von Mailings vorliege, wurde eine tatsächliche Einwilligung des Empfängers nicht behauptet. Auch das Bestehen eines geeigneten Maßnahmen- und Kontrollsysteams zur Überprüfung des Vorliegens einer Einwilligung wurde nicht behauptet und haben sich im Übrigen keine dahingehenden Hinweise aus dem Akt ergeben. Seitens der beschwerdeführenden Partei wurde nicht bestritten, dass es sich bei der versendeten E-Mail-Nachricht um Direktwerbung handelt.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

3.1. Zur Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte in Verwaltungsstrafsachen legt § 50 VwGVG ("Erkenntnisse") idF BGBl. I Nr. 24/2017 Folgendes fest:

"§ 50. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden.

(2) Die gekürzte Ausfertigung des Erkenntnisses hat überdies zu enthalten:

1. im Fall der Verhängung einer Strafe die vom Verwaltungsgericht als erwiesen angenommenen Tatsachen in gedrängter Darstellung sowie die für die Strafbemessung maßgebenden Umstände in Schlagworten;

2. im Fall des § 45 Abs. 1 VStG eine gedrängte Darstellung der dafür maßgebenden Gründe."

3.2. § 107 TKG 2003 lautet wie folgt:

"Unerbetene Nachrichten

§ 107. (1) Anrufe – einschließlich das Senden von Fernkopien – zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers sind unzulässig. Der Einwilligung des Teilnehmers steht die Einwilligung einer Person, die vom Teilnehmer zur Benutzung seines Anschlusses ermächtigt wurde, gleich. Die erteilte Einwilligung kann jederzeit widerrufen

werden; der Widerruf der Einwilligung hat auf ein Vertragsverhältnis mit dem Adressaten der Einwilligung keinen Einfluss.

(1a) Bei Telefonanrufen zu Werbezwecken darf die Rufnummernanzeige durch den Anrufer nicht unterdrückt oder verfälscht werden und der Diensteanbieter nicht veranlasst werden, diese zu unterdrücken oder zu verfälschen.

(2) Die Zusendung einer elektronischen Post – einschließlich SMS – ist ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, wenn

1. die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt oder
2. an mehr als 50 Empfänger gerichtet ist.

(3) Eine vorherige Zustimmung für die Zusendung elektronischer Post gemäß Abs. 2 ist dann nicht notwendig, wenn

1. der Absender die Kontaktinformation für die Nachricht im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat und

2. diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt und

3. der Empfänger klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen und

4. der Empfänger die Zusendung nicht von vornherein, insbesondere nicht durch Eintragung in die in § 7 Abs. 2 E-Commerce-Gesetz genannte Liste, abgelehnt hat.

(4) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 133/2005)

(5) Die Zusendung elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung ist jedenfalls unzulässig, wenn

1. die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird, oder

2. die Bestimmungen des § 6 Abs. 1 E-Commerce-Gesetz verletzt werden, oder

3. der Empfänger aufgefordert wird, Websites zu besuchen, die gegen die genannte Bestimmung verstößen oder

4. keine authentische Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann.

(6) Wurden Verwaltungsübertretungen nach Absatz 1, 2 oder 5 nicht im Inland begangen, gelten sie als an jenem Ort begangen, an dem die unerbetene Nachricht den Anschluss des Teilnehmers erreicht."

Gemäß § 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu 37.000 Euro zu bestrafen, wer entgegen § 107 Abs. 2 oder 5 elektronische Post zusendet.

Gemäß § 109 Abs. 5 TKG 2003 ist bei der Bemessung der Geldstrafen gemäß Abs. 1 bis 4 auch darauf Bedacht zu nehmen, ob die Tat gewerbsmäßig oder wiederholt begangen wurde. Wurde die Tat gewerbsmäßig begangen, so ist der dadurch erzielte unrechtmäßige Vorteil gemäß dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens bei der Bemessung zu berücksichtigen.

3.3. Zum objektiven Tatbestand:

3.3.1. § 107 TKG 2003 setzt Art. 13 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 12.07.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) idF der Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 um.

Erwägungsgrund 40 der Richtlinie 2002/58/EG lautet:

"(40) Es sollten Vorkehrungen getroffen werden, um die Teilnehmer gegen die Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung, insbesondere durch automatische Anrufsysteme, Faxgeräte und elektronische Post, einschließlich SMS, zu schützen. Diese Formen von unerbetenen Werbenachrichten können zum einen relativ leicht und preiswert zu versenden sein und zum anderen eine Belastung und/oder einen Kostenaufwand für den Empfänger bedeuten. Darüber hinaus kann in einigen Fällen ihr Umfang auch Schwierigkeiten

für die elektronischen Kommunikationsnetze und die Endgeräte verursachen. Bei solchen Formen unerbetener Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung ist es gerechtfertigt, zu verlangen, die Einwilligung der Empfänger einzuholen, bevor ihnen solche Nachrichten gesandt werden. Der Binnenmarkt verlangt einen harmonisierten Ansatz, damit für die Unternehmen und die Nutzer einfache, gemeinschaftsweite Regeln gelten."

Aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 107 Abs. 2 TKG 2003 ergibt sich Folgendes (VwGH 19.12.2013, 2011/03/0198):

"Auf dem Boden der dargestellten Rechtsnormen ergibt sich, dass § 107 Abs 2 TKG 2003 dem ‚Spamming-Verbot‘ in Umsetzung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation als Spezialvorschrift für den Telekommunikationssektor insbesondere zum Schutze des Grundrechtes auf Achtung des Privat- und Familienlebens (und damit des Rechtes auf Achtung der Kommunikation) sowie des Grundrechtes zum Schutze personenbezogener Daten, dient. Für den vorliegenden Zusammenhang ist der Schutzzweck der angesprochenen Grundrechte und Richtlinien im Lichte der oben genannten Erwägungsgründe und Gesetzesmaterialen klar ersichtlich: Es soll eine Verletzung der Privatsphäre durch unerwünschte elektronische Zusendung zu Werbezwecken unterbunden werden. Unerbetene Werbenachrichten können zum einen relativ leicht und preiswert versendet werden, und zum anderen eine Belastung und/oder einen Kostenaufwand für den Empfänger bedeuten. Unerwünschte elektronische Post kann einen etwaigen knappen Daten-Speicherplatz ungebührlich in Anspruch nehmen. Eine diesbezügliche Zusendung ist daher nur statthaft, sofern einem Empfang zuvor zugestimmt wurde.

Zur Erreichung dieses Schutzzweckes ist der Begriff ‚Direktwerbung‘ weit und umfassend auszulegen. Schon von daher ist nicht ersichtlich, warum das direkte Bewerben einer politischen Gruppe im Wege eines ohne vorherige Zustimmung des Empfängers zugeschickten E-Mail nicht die oben beschriebenen verpönten Wirkungen zeitigen sollte. Eine weite Auslegung des Begriffes verlangen aber auch die zitierten Gesetzesmaterialen zum TGK 2003, die unter dem Begriff ‚Direktwerbung‘ jeden Inhalt verstehen, der für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee einschließlich bestimmter politischer Anliegen wirbt oder dafür Argumente liefert. Zudem hat der Oberste Gerichtshof - in Orientierung an den Gesetzesmaterialien - wiederholt die Auffassung vertreten, dass der Begriff der ‚Direktwerbung‘ weit auszulegen ist. Er erfasst jede elektronische Post, die für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee (einschließlich politischer Anliegen) wirbt oder dafür Argumente liefert; darunter fällt etwa auch jede Maßnahme, die dazu dient, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen, wobei auch schon die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen diesem Begriff unterstellt werden kann; dabei hindert auch die Gestaltung als Newsletter oder Informations-Mail die Qualifikation als Werbung nicht (vgl OGH vom 30. September 2009, ZI 7 Ob168/09w)."

Bei der nach § 107 Abs. 2 TKG 2003 erforderlichen Zustimmung handelt es sich um eine Willenserklärung des (zukünftigen) Empfängers elektronischer Post, wobei für diese Zustimmung ein gesetzliches Formerfordernis nicht besteht, sodass auch eine konkludente Zustimmung nicht ausgeschlossen ist (vgl. dazu ua. VwGH 19.12.2013, 2011/03/0198; 24.03.2010, 2007/03/0177; 26.04.2007, 2005/03/0143). Eine konkludente Erklärung kann nur dann angenommen werden, wenn eine Handlung oder Unterlassung nach der Verkehrssitte und nach den üblichen Gewohnheiten und Gebräuchen eindeutig in einer Richtung zu verstehen ist; es darf kein vernünftiger Grund bestehen, daran zu zweifeln, dass ein Rechtsfolgewillen in einer bestimmten Richtung vorliegt; dass also – bezogen auf den Beschwerdefall – ein bestimmtes Verhalten nur als Einwilligung zum Erhalt elektronischer Post zu Werbezwecken verstanden werden kann (vgl. dazu VwGH 19.12.2013, 2011/03/0198; 24.03.2010, 2007/03/0177, mWh).

3.3.2. Im vorliegenden Fall steht fest, dass die verfahrensgegenständliche

E-Mail-Nachricht ausgehend von der E-Mail-Adresse des von der Beschwerdeführerin vertretenen Unternehmens dem Empfänger – ohne dessen vorherige Einwilligung – zugesendet wurde. Weiters wurde nicht bestritten, dass die Zusendung der

E-Mail "zu Zwecken der Direktwerbung" im Sinne des § 107 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 erfolgte. Auch das Bundesverwaltungsgericht sieht vor dem Hintergrund der oben zitierten Rechtsprechung keinen Anlass, die dahingehende rechtliche Beurteilung der belagten Behörde in Zweifel zu ziehen.

Im Beschwerdefall wurden auch keine Anhaltspunkte geltend gemacht, aufgrund derer eine Anwendung des § 107 Abs. 3 TKG 2003 in Betracht zu ziehen wäre, zumal nicht einmal behauptet wurde, der Absender habe die Kontaktinformation für die Nachricht im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden

erhalten.

3.4. Zur subjektiven Tatseite:

3.4.1. Der Verwaltungsgerichtshof hat zu § 107 Abs. 2 Z 1 iVm§ 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003 Folgendes ausgesprochen (VwGH 24.05.2012, Zl. 2010/03/0056; 19.12.2013, 2012/03/0052):

"Hinsichtlich der Frage, ob eine Übertretung nach§ 107 Abs 2 TKG 2003 als Erfolgs- oder als Ungehorsamsdelikt zu qualifizieren ist, kann auf die Erkenntnisse vom 24. Mai 2012, 2010/03/0056, und vom 24. März 2010, 2007/03/0143, verwiesen werden. Der Verwaltungsgerichtshof hat in den zitierten Erkenntnissen ausgeführt, dass es sich bei den in Rede stehenden Übertretungen – ebenso wie beim ‚Vorgängerdelikt‘ nach § 101 TKG 1997 – um Ungehorsamsdelikte iSd § 5 VStG handelt. (VwGH 24.05.2012, 2010/03/0056)."

§ 5 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (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."

§ 9 VStG lautet auszugsweise:

"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.

["

3.4.2. Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Versendung der verfahrensgegenständlichen E-Mail Geschäftsführerin der XXXX und als solche zu deren Vertretung nach außen befugt war.

Im Verfahren ist auch nicht hervorgekommen, dass für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ein verantwortlicher Beauftragter im Sinne von § 9 Abs. 2 VStG bestellt wurde.

Somit war die Beschwerdeführerin im Tatzeitpunkt gemäß § 9 Abs. 1 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften bzw. konkret der Verpflichtungen des TKG 2003 durch die XXXX strafrechtlich verantwortlich.

Bei Ungehorsamsdelikten ist das verantwortliche Organ im Sinne des§ 9 Abs. 1 VStG strafbar, wenn es nicht genügende Vorkehrungen getroffen hat, um die Verwirklichung des Tatbildes durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. In einem solchen Fall besteht gemäß § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG von vornherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann. Es ist daher an der beschwerdeführenden Partei gelegen, alles zu ihrer Entlastung Dienende vorzubringen, etwa durch Darlegung eines Kontrollsystens in Bezug auf die Einhaltung der Vorschriften des TKG 2003, um zu beweisen, dass sie an der Übertretung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (vgl. VwGH 24.05.2012, 2010/03/0056; 28.03.2014, 2014/02/0004). Damit ein solches Kontrollsystem die Beschuldigte von ihrer Verantwortung für die vorliegende

Verwaltungsübertretung hätte befreien können, hätte sie konkret darlegen müssen, welche Maßnahmen von ihr getroffen wurden, um einen derartigen Verstoß zu vermeiden (vgl. VwGH 17.06.2013, Zl. 2010/11/0079). Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (vgl. VwGH 25.07.2013, 2012/07/0079).

In der vorliegenden Beschwerde wird in diesem Zusammenhang im Wesentlichen lediglich vorgebracht, der Beschwerdeführerin sei keine Fahrlässigkeit vorzuwerfen, sie habe in gutem Glauben gehandelt und hätte allenfalls eine Ermahnung ausgereicht. Mit Schreiben vom 19.06.2017 wurde vorgebracht, die Kontaktadresse sei aus dem Kauf von Kontaktdaten über einen näher bezeichneten Dritten generiert worden. Von diesem sei der Beschwerdeführerin zugesichert worden, dass die Adressen für Mailings von den Empfängern freigegeben seien.

Den dargelegten Anforderungen gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wird mit diesem Vorbringen nicht entsprochen. Das Bestehen eines Kontrollsysteins bzw. konkrete Maßnahmen, um einen derartigen Verstoß zu vermeiden, wurden nicht einmal behauptet und ist im Ergebnis von einem Verschulden der Beschwerdeführerin auszugehen.

3.4.3. Soweit die Beschwerdeführerin die Rechtswidrigkeit der Zusendung der gegenständlichen E-Mail anzweifelt bzw. mangelnde Kenntnis der Rechtslage ins Treffen führt, ist auf § 5 Abs. 2 VStG hinzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in Bezug auf § 5 Abs. 2 VStG im Zusammenhang mit § 107 Abs. 1a TKG 2003 Folgendes ausgesprochen (VwGH 22.05.2013, 2013/03/0052):

"Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entschuldigt auch eine irrite Gesetzesauslegung 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 eingenommenen Rechtsauffassung durch geeignete Erkundigungen. Demnach ist der Gewerbetreibende bei Zweifel über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen; wenn er dies unterlässt, so vermag ihn die fehlerhafte Gesetzesauslegung grundsätzlich nicht von seiner Schuld zu befreien (vgl. etwa das hg Erkenntnis vom 26. März 2012, Zl 2011/03/0169, mwN)."

Dass die Beschwerdeführerin derartige – sie entlastende – Erkundigungen bei der belangten Behörde eingeholt hätte, ist im Verfahren nicht hervorgekommen und wird in der Beschwerde auch nicht behauptet, weshalb eine fehlerhafte Gesetzesauslegung die Beschwerdeführerin schon insoweit nicht entschuldigen kann.

3.4.4. Dem Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend eine Geringfügigkeit der Verwaltungsübertretung ("Bagatellfall") und dass allenfalls eine Ermahnung ausgereicht hätte, ist Folgendes entgegenzuhalten:

§ 45 Abs. 1 VStG lautet wie folgt:

"§ 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;
2. der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen;
3. Umstände vorliegen, die die Verfolgung ausschließen;
4. die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind;
5. die Strafverfolgung nicht möglich ist;
6. die Strafverfolgung einen Aufwand verursachen würde, der gemessen an der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat unverhältnismäßig wäre.

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

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Neuregelung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013, BGBl. I Nr. 33/2013, kann auf die gesicherte Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofes zu § 21 Abs. 1 VStG in der Fassung vor der genannten Novellierung zurückgegriffen werden (VwGH 07.04.2017, Ra 2016/02/0245, mwN).

Ein Absehen von der Strafe gemäß § 21 Abs. 1 VStG kam nur dann in Betracht, wenn beide in § 21 Abs. 1 VStG genannten Kriterien (geringfügiges Verschulden und unbedeutende Folgen der Übertretung) erfüllt waren (vgl. dazu VwGH 20.09.1996, 99/02/0202). Es ist daher im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon auszugehen, dass beide Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG – geringe Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und geringe Intensität seiner Beeinträchtigung sowie geringfügiges Verschulden des Beschuldigten – für eine Vorgehensweise im Sinne des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG kumulativ vorzuliegen haben (so auch Fister, in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG [2013] § 45 Anm 3).

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist das Verschulden geringfügig, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. VwGH 23.06.2010, 2009/06/0129, zu § 21 Abs. 1 VStG).

Abgesehen davon, dass vom Bundesverwaltungsgericht auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht erkannt werden kann, dass sich die der Beschwerdeführerin vorgeworfene Verwaltungsübertretung von der Mehrzahl der bestraften Übertretungen der verfahrensgegenständlichen Bestimmung des § 107 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 wesentlich unterscheidet, folglich von einem in atypischer Weise hinter dem Durchschnittsfall zurückbleibenden tatbildmäßigen Verhalten der Beschwerdeführerin auszugehen und daher das Vorliegen eines "geringfügigen Verschuldens" der Beschwerdeführerin zu bejahen wäre, ist dessen Vorliegen aus folgendem Grund bereits zu verneinen:

Der Verwaltungsgerichtshof (vgl. VwGH 24.03.1994, 92/18/0461) sprach in Bezug auf die nicht erfolgte Errichtung eines geeigneten Maßnahmen- und Kontrollsystems hinsichtlich des Vorliegens von geringfügigem Verschulden Folgendes aus:

"Der Beschwerdeführer wendet sich mit Recht gegen die Anwendung des § 21 Abs. 1 VStG. Die belangte Behörde hat zur Frage, ob den Mitbeteiligten an der Verwaltungsübertretung Verschulden treffe, ausgeführt, er habe die Bestellung einer geeigneten Aufsichtsperson oder die Einrichtung eines entsprechenden Maßnahmen- und Kontrollsystems betreffend die Einhaltung der Arbeitnehmerschutzvorschriften nicht einmal behauptet. In Fällen, in denen ein geeignetes Maßnahmen- und Kontrollsysteem nicht eingerichtet wurde, kann aber nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes von einem geringfügigen Verschulden nicht mehr gesprochen werden (siehe die hg. Erkenntnisse vom 28. Oktober 1991, ZI. 91/19/0225, vom 12. Juni 1992, ZI. 90/19/0499, und vom 22. Oktober 1992, ZI. 92/18/0342). Schon aus diesem Grunde kommt die Anwendung des § 21 Abs. 1 VStG im Beschwerdefall nicht in Betracht. Da die belangte Behörde insoweit die Rechtslage verkannt hat, hat sie ihren Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet."

Der Beschwerdeführerin ist zuzustehen, dass nach Erhalt des Schreibens der belangten Behörde entsprechend reagiert und die besagte Adresse aus dem Verteiler gelöscht wurde. Das Vorliegen eines Maßnahmen- und Kontrollsystems in Bezug auf die Überprüfung des Vorliegens einer entsprechenden Einwilligung beim Versand der verfahrensgegenständlichen E-Mail wurde allerdings nicht einmal behauptet. Auch das übrige Vorbringen der Beschwerdeführerin lässt den Schluss zu, dass keine weiteren Kontrollen durchgeführt wurden, sondern lediglich auf die Behauptung des Verkäufers der Kontaktdaten vertraut wurde.

Darüber hinaus kann im Beschwerdefall auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung geringfügig gewesen wären.

Die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG scheidet daher aus und der Ausspruch einer Ermahnung kommt nicht in Betracht.

3.5. Zur Strafbemessung:

3.5.1. § 19 VStG lautet:

"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."

Wird ein ordentliches Verfahren (§§ 40-46 VStG) geführt, sind zusätzlich zu den objektiven Kriterien des § 19 Abs. 1 VStG auch die subjektiven Kriterien des Schuldgehaltes der Tat bei der Strafbemessung miteinzubeziehen. Demzufolge sind folgende drei subjektive, d.h. in der Person des Täters gelegene Umstände, bei der Strafbemessung zu berücksichtigen: Erschwerungs- und Milderungsgründe, das Ausmaß des Verschuldens sowie Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten (vgl. Weilguni, in Lewisch/ Fister/Weilguni, VStG [2013] § 19 VStG Anm 8).

Das VStG kennt kaum Milderungs- und Erschwerungsgründe (vgl. nur § 3 Abs. 2), § 19 Abs. 2 VStG verweist daher auf die §§ 32-35 StGB, die unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sinngemäß anzuwenden sind. Die Aufzählung im StGB ist jedoch lediglich demonstrativ. Eine abschließende Auflistung der Erschwerungs- und Milderungsgründe gibt es demzufolge nicht. Gemäß § 34 StGB kommen beispielsweise folgende Milderungsgründe in Betracht:

bisheriger ordentlicher Lebenswandel, Begehung der Tat aus achtenswerten Beweggründen, aus Furcht oder Gehorsam, reumütiges Geständnis, unverhältnismäßig lange Dauer des Verfahrens aus einem nicht vom Täter zu vertretenden Grund, ein die Zurechnungsfähigkeit nicht ausschließender Rauschzustand. Jedenfalls von Amts wegen zu berücksichtigen ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die Unbescholtenheit des Täters (vgl. Weilguni, in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG [2013] § 19 Anm 10 und 14 mwN).

Der Verwaltungsgerichtshof sprach in seinem Erkenntnis vom 23.02.1994, 93/09/0383, in Bezug auf die Strafzumessung u.a. Folgendes aus:

"Zwar ist die Behörde nicht verpflichtet ohne entsprechendes Parteienvorbringen, Ermittlungen über das allfällige Vorliegen jedes nur denkmöglichen Milderungsgrundes anzustellen. Sie ist auch nicht verpflichtet, die für die Strafbemessung angestellten Erwägungen mit dem Beschuldigten zu erörtern, solange dieser nicht diesbezüglich konkrete Behauptungen aufgestellt oder Beweise angeboten hat (vgl. dazu z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. April 1970, Zl. 1769/69)."

3.5.2. Dass die objektiven und die subjektiven Kriterien des § 19 Abs. 1 VStG von der belangten Behörde bei der Strafbemessung nicht entsprechend berücksichtigt worden wären, wird in der Beschwerde nicht vorgebracht.

Der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit der Beschwerdeführerin fand bei der Bemessung der Strafe im Verfahren vor der belangten Behörde ausreichende Berücksichtigung. Weitere Milderungsgründe wurden nicht vorgebracht und deren Vorliegen war für das Bundesverwaltungsgericht auch nicht erkennbar. Ferner ist gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 23.02.1994, 93/09/0383) die Behörde auch nicht verpflichtet, jeden erdenklichen Milderungsgrund mit dem Beschuldigten zu erörtern.

Die Beschwerdeführerin ist den Erwägungen der belangten Behörde zur Einschätzung seiner Familien-, Vermögens- und Einkommensverhältnissen in der Beschwerde nicht entgegengetreten. Hinweise, dass auf die Familien-, Vermögens- und Einkommensverhältnisse der Beschwerdeführerin nicht hinreichend Bedacht genommen worden wäre, sind aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes nicht hervorgekommen.

Hinweise, dass von der belangten Behörde das Ausmaß des Verschuldens des Beschwerdeführers nicht ausreichend berücksichtigt worden wäre, sind im Verfahren nicht zu Tage getreten. Zudem wäre von der belangten Behörde auch bei einem allfällig vorliegenden geringfügigen Verschulden der Beschwerdeführerin mit einem zu weniger als 1 % ausgeschöpften Strafrahmen ausreichend Rücksicht genommen worden.

Die verhängte Geldstrafe ist daher – auch aus den Gründen der General- und Spezialprävention und unter Berücksichtigung eines bis zu EUR 37.000,-- reichenden Strafrahmens – im vorliegenden Fall tat- und schuldangemessen.

3.6. Die Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen (Spruchpunkt I.).

Hinsichtlich der diesbezüglichen Zahlungsfrist ist darauf hinzuweisen, dass gemäß§ 54a Abs. 1 VStG rechtskräftig verhängte Geldstrafen oder sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen binnen zwei Wochen nach Eintritt der Rechtskraft zu bezahlen sind.

3.7. Die Entscheidung über den Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens bzw. über den entsprechenden Haftungsausspruch gründet sich auf § 52 Abs. 1, 2 und 6 VwGVG bzw. § 38 VwGVG iVm § 9 Abs. 7 VStG (Spruchpunkte II. und III.).

3.8. Gemäß § 44 Abs. 3 VwGVG konnte das Bundesverwaltungsgericht von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung absehen, da im angefochtenen Bescheid eine EUR 500,-- nicht übersteigende Geldstrafe verhängt (Z 3) und die Durchführung einer Verhandlung von keiner Partei beantragt wurde.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

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.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, da keiner der vorgenannten Fälle vorliegt. Auch sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich. Die vorliegende Entscheidung folgt der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

Schlagworte

Belästigung, Direktwerbung, Einwilligung des Empfängers,
Erkundigungspflicht, Ermahnung, Fahrlässigkeit, Geldstrafe,
geringfügiges Verschulden, Kognitionsbefugnis, konkrete Darlegung,
Kontrollsysteem, Kostenbeitrag, Kumulierung, Solidarhaftung,
Strafbemessung, Unbescholtenheit, Ungehorsamsdelikt, Verschulden,
Verwaltungsübertretung, vorherige Einwilligung, Werbemail, Werbung,
Zustimmungserfordernis

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W157.2166033.1.00

Zuletzt aktualisiert am

28.12.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at