

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/11/13 W120 2204733-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 13.11.2019

## Entscheidungsdatum

13.11.2019

## Norm

B-VG Art133 Abs4

TKG 2003 §107 Abs2 Z1

TKG 2003 §107 Abs3

TKG 2003 §107 Abs5

TKG 2003 §109 Abs3 Z20

TKG 2003 §113 Abs5a

VStG 1950 §19 Abs1

VStG 1950 §19 Abs2

VStG 1950 §5

VStG 1950 §64

VStG 1950 §9 Abs1

VStG 1950 §9 Abs7

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §38

VwGVG §50 Abs1

VwGVG §52 Abs1

VwGVG §52 Abs2

VwGVG §52 Abs6

## Spruch

W120 2204533-1/17E

W120 2204733-1/15E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Dr. Christian Eisner über die Beschwerde des 1. XXXX und der 2. XXXX gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Wien, Niederösterreich und Burgenland vom 18.07.2018, BMVIT-631.540/0184-III/FBW/2018, nach Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung zu Recht:

A)

I. Die Beschwerde wird gemäß § 107 Abs 2 Z 1 TKG 2003 idFBGBI I Nr 102/2011 iVm § 109 Abs 3 Z 20 TKG 2003 idFBGBI I Nr 134/2015 als unbegründet abgewiesen.

II. Gemäß § 52 Abs 1, 2 und 6 VwGVG hat der Erstbeschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von EUR 74,-- binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu leisten.

III. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 9 Abs 7 VStG haftet die zweitbeschwerdeführende Partei für die dem Erstbeschwerdeführer unter II. auferlegten Kosten des Strafverfahrens im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand.

B)

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

## Text

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis entschied die belangte Behörde wie folgt:

"Sie sind und waren zu dem sogleich ua Tatzeitpunkt Geschäftsführer der Komplementärin XXXX , FN XXXX , der XXXX , FN XXXX , somit deren außenvertretungsbefugtes Organ und gem § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 - VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher und haben daher dafür einzustehen, dass von Ihrem Unternehmen aus am -12.4.2018, 10:09 Uhr, die E-Mail ? XXXX , deine Benachrichtigungen auf einen Blick' ausgehend von der E-Mail-Adresse XXXX

somit elektronische Post, zu Zwecken der Direktwerbung für die Produkte / Leistungen Ihres Unternehmens an XXXX an dessen E-Mail-Adresse XXXX versendet wurde, ohne dass dieser Ihnen oder Ihrem Unternehmen vorher eine Einwilligung zur Zusendung von Werbe-E-Mails erteilt hatte."

Es wurde festgehalten, dass der Erstbeschwerdeführer dadurch "§ 107 Abs 2 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003 - TKG 2003 BGBI I 70/2003 idF I 102/2011 iVm § 9 Abs 1 VStG" verletzt habe. Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wurde über den Erstbeschwerdeführer eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 370,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 15 Stunden) verhängt. Samt dem Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von EUR 37,-- (§ 64 VStG) betrug der zu zahlende Gesamtbetrag insgesamt EUR 407,--. Gemäß § 9 Abs 7 VStG wurde verfügt, dass die zweitbeschwerdeführende Partei für die verhängte Geldstrafe, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand zu haften habe.

2. In ihrer Begründung führte die belangte Behörde insbesondere aus:

2.1. Aufgrund der Anzeige vom 13.04.2018 des E-Mail-Empfängers XXXX sei das gegenständliche Verfahren eingeleitet und den Beschwerdeführern das strafbare Verhalten mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 14.05.2018 vorgeworfen worden.

Mit Schreiben vom 15.05.2018 sei eine entsprechende Rechtfertigung durch die Beschwerdeführer erstattet worden.

Am 28.05.2018 seien die Beschwerdeführer von der belangten Behörde ersucht worden, zur Stellungnahme vom 15.05.2018 nähtere, detailliertere Informationen zur Registrierung vom Empfänger bei abenteuerx.com am 07.04.2018, insbesondere Unterlagen zur Profilaktivierung und Bestätigung am 08.04.2018, beizubringen. In der ergänzenden Stellungnahme vom 30.05.2018 sei das Anmeldeprocedere auf dem Portal abenteuerx.com mit Screenshots der Anmeldemasken dargestellt und beschrieben worden.

Das Anmeldeprocedere sei von der belangten Behörde am 16.07.2018 durchlaufen worden. Unter Angabe des Benutzernamens " XXXX " und Befüllung der weiteren Felder sei die E-Mail-Adresse XXXX für die Anmeldung auf der Seite XXXX angegeben worden. Wie in der ergänzenden Stellungnahme vom 30.05.2018 beschrieben, sei ein Bestätigungs-E-Mail "Aktiviere jetzt Dein Konto!" am 16.07.2018 um 10:24 Uhr von

XXXX versendet und um 10:35 Uhr empfangen worden. Das

E-Mail sei nicht geöffnet und der dort enthaltene Link sei nicht angeklickt worden. Am 16.07.2018 um 10:36 Uhr sei das E-Mail ausgehend von XXXX

" XXXX , deine Benachrichtigungen auf einen Blick" (gesendet um 10:26 Uhr) empfangen worden. Am 17.07.2018 um 10:38 Uhr sei abermals ein E-Mail mit dem Betreff XXXX deine Benachrichtigungen auf einen Blick" (gesendet von XXXX um 10:26 Uhr an XXXX ) empfangen worden, ohne dass ein Link zur Aktivierung des Profils angeklickt worden sei. Am 17.07.2018 um 11:04 Uhr sei ausgehend von der Adresse

XXXX das E-Mail "Aktiviere jetzt Dein Konto!" versendet worden. Am 18.07.2018 um 10:26 Uhr sei das E-Mail " XXXX , deine Benachrichtigungen auf einen Blick" ausgehend von der E-Mail-Adresse XXXX an die E-Mail-Adresse XXXX gesendet worden, ohne dass ein Link zur Aktivierung des Profils angeklickt worden sei.

2.2. Dass es sich beim vorliegenden E-Mail um elektronische Post zu Zwecken der Direktwerbung, nämlich um die Bewerbung der von den Beschwerdeführern angebotenen Produkte und Leistungen gehandelt habe, sei von den Beschwerdeführern nicht bestritten worden und ergebe sich klar aus dem Inhalt des versendeten E-Mails.

Für eine gültige Einwilligung bedürfe es der Willenserklärung des Empfängers der elektronischen Post auf diesem Wege von den Beschwerdeführern zu deren unternehmerischem Tätigkeitsbereich zu Werbezwecken kontaktiert werden zu wollen. Eine solche Einwilligung sei den Beschwerdeführern vom Empfänger des verfahrensgegenständlichen E-Mails nicht erteilt worden, weshalb zu dem hier maßgebenden Zeitpunkt der Zusendung keine entsprechende Einwilligung vorgelegen habe. Die in § 107 Abs 5 Z 4 TKG 2003 geforderte Abmeldemöglichkeit könne die in Abs 2 leg.cit. verpflichtende vorherige Einwilligung nicht ersetzen. Ob es sich bei dem Adressaten und Empfänger des E-Mails um ein Unternehmen oder Privatperson, einen Verbraucher oder Unternehmer handle, sei für die gesetzliche Bestimmung des § 107 TKG 2003 unerheblich. Diese Unterscheidung sei kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal. Für die Zusendung des im Spruch des Straferkenntnisses angeführten E-Mails sei somit keine gültige Einwilligung des Empfängers vorgelegen.

Die Tatbildmäßigkeit der angelasteten Übertretung sei somit erfüllt.

2.3. Bei der verfahrensgegenständlichen Verwaltungsübertretung handle es sich um ein Ungehorsamsdelikt iSd§ 5 VStG, sodass bereits eine fahrlässige Tatbegehung für die Strafbarkeit ausreichend sei.

Von einem fahrlässigen Verhalten habe die Behörde dann auszugehen, wenn ein Beschuldigter nicht glaubhaft mache, dass ihn an einer Übertretung kein Verschulden treffe. Dabei habe ein Beschuldigter in einem Verwaltungsstrafverfahren initiativ alles vorzulegen, was seiner Entlastung diene.

Die gesetzlichen Bestimmungen, in concreto die Bestimmung des§ 107 TKG 2003, seien einzuhalten. Mit dieser Bestimmung und deren Voraussetzungen hätte sich der Erstbeschwerdeführer bereits auseinandersetzen müssen. Die Angabe, dass sich die E-Mail-Adresse vom Empfänger in drei Profilen befindet, wobei zwei davon gar nicht aktiviert worden seien, und der User die Möglichkeit habe, den Versand des Newsletter direkt in seinem Profil abzubestellen, habe für sich nicht zu begründen vermocht, dass der Erstbeschwerdeführer im konkreten Fall die notwendige Sorgfalt, zu deren Einhaltung er bei elektronischer Kontaktaufnahme zum Zwecke der Werbung zur Wahrung der Interessen und der Privatsphäre des Empfängers verpflichtet sei, aufgewandt habe. Eine Überprüfung des Vorliegens und der Gültigkeit der Einwilligung habe statzufinden, um ungewollte Zusendungen zu vermeiden. Es stelle einen auffallenden Sorgfaltswiderruf dar, wenn trotz augenscheinlichem double-opt-in noch vor Bestätigung der Gültigkeit der bei der Profilerstellung bereitgestellten E-Mail-Adresse täglich

E-Mails an den E-Mail-Adressinhaber versendet werden würden. Auch das Vorsehen einer Abmeldemöglichkeit für weitere Zusendungen oder die Möglichkeit des Abbestellens über das Profil beseitige nicht die Vorwerfbarkeit für die E-Mail-Zusendung einzustehen. Mit den Ausführungen in der Stellungnahme der Beschwerdeführer sei keinesfalls dargelegt worden, welche konkreten Schritte gesetzt worden seien, damit der Erstbeschwerdeführer als verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher davon ausgehen könne, dass unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschrift mit gutem Grunde erwartet werden hätte können. Der Beschwerdeführer habe weder dargelegt, welches wirksame Kontrollsystem im Allgemeinen, noch welches wirksame Kontrollsystem im Besonderen in Hinblick auf die Einhaltung der verletzten Vorschrift des § 107 Abs 2 Z 1 TKG 2003 etabliert worden sei und wo es konkret zu einem nicht verschuldeten und nicht vorhersehbaren Versagen dieses Kontrollsystems gekommen sei oder wie unerbetene Zusendungen wie die an den Empfänger verhindert werden hätten sollen. Durch ein wirksames und funktionierendes Kontrollsystem muss sichergestellt werden, dass eine Kontrolle des Vorliegens der gültigen Einwilligung des Empfängers vor Zusendung einer elektronischen Werbenachricht faktisch durchgeführt werde. Dabei sei auch dafür Sorge zu treffen, dass neben der Durchführung von Schulungen und der Erteilung von Anweisungen, diesen Vorgaben auch tatsächlich entsprochen werde. Darüber hinaus sei es auch gerade die Aufgabe

eines funktionierenden Kontrollsystems für nichtregelkonformes Verhalten von Mitarbeitern Vorkehrungen zu treffen. Im gegenständlichen Fall ein mangelndes Verschulden glaubhaft zu machen, sei nicht gelungen. Im hier vorliegenden Fall sei jedenfalls die zumutbare Sorgfalt bei der Zusendung an einen nicht durch eine Einwilligung gedeckten E-Mail-Empfänger außer Acht gelassen worden.

Die Übertretung sei dem Beschwerdeführer somit auch subjektiv zuzurechnen.

2.4. Bei der Bemessung der Strafe sei auf § 19 VStG Bedacht zu nehmen. Grundlage für die Bemessung der Strafe seien die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Weiters seien entsprechende Erschwerungs- und Milderungsgründe zu berücksichtigen, sofern diese nicht schon in der Strafdrohung ihren Niederschlag gefunden hätten. Das StGB sei dabei sinngemäß anzuwenden. Das Verschulden sei besonders zu berücksichtigen. Auch auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschuldigten sowie auf allfällige Sorgepflichten sei Bedacht zu nehmen.

Die durch die verletzte Norm geschützten Rechtsgüter seien die Privatsphäre natürlicher Personen sowie der Schutz vor Belästigungen durch unerbetene Nachrichten. Auch andere als natürliche Personen würden durch die verletzte Norm geschützt werden. Das rechtlich geschützte Interesse, keine unerbetenen Werbenachrichten zu erhalten, wenn diesen vorher nicht zugestimmt worden sei, sei ebenfalls von der verletzten Norm umfasst. Das geschützte Rechtsgut sei jedenfalls als bedeutend anzusehen gewesen und durch die Übertretung nicht nur unwesentlich beeinträchtigt worden.

Die belangte Behörde habe nicht festzustellen vermocht, dass die Einhaltung der verletzten Norm eines besonderen Sorgfaltsmäßigstabs bedurft hätte oder dass die Begehung der Übertretung nur schwer zu vermeiden gewesen wäre. Das den Tatbestand verwirklichende Verhalten bleibe auch nicht erheblich hinter dem in der verletzten Bestimmung normierten Unrechts- und Schuldgehalt zurück, sodass ein Absehen von der Strafe und der Ausspruch einer Ermahnung gemäß § 45 Abs 1 Z 4 VStG nicht in Frage kommen würden.

Angaben zu Einkommens- und Vermögensverhältnissen seien nicht erfolgt. Als Milderungsgründe sei die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Erstbeschwerdeführers zu berücksichtigen gewesen. Erschwerungsgründe seien nicht hervorgekommen. Das zu BMVIT-631.540/0570-III/FBW/2017 von der belangten Behörde am 07.05.2018 erlassene einschlägige Straferkenntnis wegen Verletzung der Bestimmung des § 107 Abs 2 Z 1 TKG 2003 sei wegen fehlender Rechtskraft zu dem im Spruch genannten Tatzeitpunkt nicht zu berücksichtigen gewesen.

In Anbetracht des gegenständlich vorsätzlichen Verhaltens erweise sich die verhängte Strafe als tat- und schuldangemessen. Diese könne bei Annahme von zumindest durchschnittlicher Einkommens- und Vermögensverhältnissen nicht als überhöht angesehen werden.

Verhängt worden sei eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 370,--. Dieser Betrag entspreche 1 % der gesetzlich vorgesehenen Höchststrafe von EUR 37.000,-- und sei somit am untersten Rand des gesetzlichen Strafrahmens angesiedelt. Die verhängte Strafe werde jedoch als hinreichend erachtet, den Erstbeschwerdeführer vor weiteren Übertretungen abzuhalten.

3. Gegen dieses Straferkenntnis erhoben die Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde, in welcher im Wesentlichen Folgendes ausgeführt wurde:

3.1. Bereits in der Eingabe vom 30.05.2018 sei darauf hingewiesen worden, dass die zweitbeschwerdeführende Partei stets die vom jeweiligen User selbst ausgehende Registrierung nur unter Geltung ihrer AGB zulasse. Insoweit sich die belangte Behörde mit den AGB der zweitbeschwerdeführenden Partei nicht auseinandergesetzt habe, leide das Verfahren an wesentlichen Mängeln, welche eine gründliche Beurteilung dieser Sache verhindern würden.

Wäre eine Auseinandersetzung mit den AGB der zweitbeschwerdeführenden Partei erfolgt, hätte sich nämlich erwiesen, dass deren Zusendungen gerade nicht zu Zwecken der Werbung erfolgen würden, sondern in Erfüllung von Vertragsverhältnissen. Dazu werde auf die folgenden Bestimmungen in den anbei vorgelegten AGB der zweitbeschwerdeführenden Partei verwiesen:

"II. Vertragsabschluss [...] 2. Der Zugang zur Nutzung der Datenbank sowie der Dienste der XXXX erfolgt nach der Registrierung des Nutzers. Bei der Registrierung wird ein vom Nutzer vergebenes Passwort und Pseudonym

verwendet. Die Registrierung setzt das Eingeben einer E-Mail-Adresse des Nutzers voraus, sowie ein vollständiges Ausfüllen der Registrierungsmaske. Mit der daraufhin an den Nutzer gesandten Bestätigungsmaile ist die Registrierung abgeschlossen. Zur zusätzlichen Absicherung der Nutzer kann die Registrierung die Bestätigung des von XXXX auf die vom Nutzer angegebene E-Mail-Adresse zugesandte Links erfordern (Double-Opt-In).

Mit der Registrierung bestätigt der Nutzer die Einbeziehung dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dadurch entsteht ein kostenloses Vertragsverhältnis zwischen XXXX und dem Nutzer.

## VI. Allgemeine Unterhaltungsrichtlinien

1. Der Nutzer stimmt mit seiner Registrierung ausdrücklich zu, E-Mails zu empfangen. [...]"

3.2. Infolge der gänzlich unterbliebenen Auseinandersetzung mit den AGB der zweitbeschwerdeführenden Partei seien die Tatsachenfeststellungen in wesentlichen Punkten unvollständig.

Beantragt werden würden daher ergänzende Feststellungen dahin, dass

a) die verfahrensgegenständliche Registrierung unter den AGB der zweitbeschwerdeführenden Partei erfolgt sei,

b) die AGB insbesondere die Zustimmung des Nutzers vorsehen, E-Mails zu empfangen,

c) sodass die verfahrensgegenständliche Zusendung mit Einwilligung des Empfängers in Erfüllung eines Vertragsverhältnisses geschehen sei.

3.3. Wäre der Sachverhalt richtig erhoben worden, hätte sich gezeigt, dass entgegen dem angefochtenen Straferkenntnis die zu Unrecht inkriminierte Zusendung in Erfüllung eines Vertragsverhältnisses erfolgt und durch vertragliche Zustimmung des Empfängers (AGB) gedeckt gewesen sei.

Die Bestimmungen des § 107 TKG 2003 seien daher überhaupt nicht anwendbar.

3.4. Es würden daher folgende Anträge gestellt werden,

"a) gemäß § 24 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchführen,

b) in dieser Verhandlung zum Beweis des gesamten Vorbringens den Erstbeschwerdeführer [...] vernehmen

c) und sodann gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG in der Sache selbst entscheiden, das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos beheben und gleichzeitig das Verwaltungsstrafverfahren einstellen

in eventu

das Straferkenntnis mit Beschluss aufheben und diese Sache zur neuerlichen Prüfung und Entscheidung an die Behörde erster Instanz zurückverweisen."

4. Mit hg am 30.08.2018 eingelangter Beschwerdevorlage legte die belangte Behörde dem Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde vor und übermittelte die Akten des Verwaltungsverfahrens. In der Beschwerdevorlage wurde im Wesentlichen die Zurückweisung der vorliegenden Beschwerde als verspätet beantragt.

5. Mit Schreiben vom 03.09.2018 hielt das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführern vor, dass den Akten des Verwaltungsverfahrens zu entnehmen sei, dass das verfahrensgegenständliche Straferkenntnis am 19.07.2018 zugestellt worden sei und dass das Bundesverwaltungsgericht vorläufig davon ausgehe, dass die mit 20.08.2019 datierte (Poststempel vom 20.08.2019) Beschwerde verspätet sei. Dem Beschwerdeführer wurde in diesem Schreiben Gelegenheit gegeben, zur Frage der Rechtzeitigkeit der Beschwerde binnen gesetzter Frist von 14 Tagen ab Zustellung Stellung zu nehmen.

6. In der Stellungnahme der Beschwerdeführer vom 06.09.2018 führten diese ergänzend aus, dass die Zustellung des verfahrensgegenständlichen Straferkenntnisses aufgrund der Ortsabwesenheit des Erstbeschwerdeführers am Tag der Zustellung erst mit dem 23.07.2018 bewirkt worden sei, weshalb die vorliegende Beschwerde rechtzeitig erhoben worden sei.

7. Mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichtes vom 08.04.2019 wurden die Beschwerdeführer aufgefordert, Nachweise betreffend die Abwesenheit des Erstbeschwerdeführers von der Abgabestelle im Zeitraum vom 18.07. bis zum 11.08.2018 dem Bundesverwaltungsgericht innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung dieses Schreibens vorzulegen.

8. Mit Schreiben vom 16.04.2019 übermittelten die Beschwerdeführer zwei Monatsrechnungen der Bank der zweitbeschwerdeführenden Partei.

9. Am 09.09.2019 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an welcher der Erstbeschwerdeführer, ein Vertreter der Beschwerdeführer, ein Vertreter der belangten Behörde sowie der Zeuge XXXX teilnahmen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Erstbeschwerdeführer ist Geschäftsführer der XXXX, welche die unbeschränkt haftende Gesellschafterin der zweitbeschwerdeführenden Partei ist. Der Erstbeschwerdeführer ist für vier Kinder unterhaltpflichtig und bringt monatlich ca. EUR 8.000,-- brutto ins Verdienen.

Es bestehen hinsichtlich des Erstbeschwerdeführers keine Strafvermerkungen in Bezug auf § 107 Abs 1 und 2 TKG 2003.

Die zweitbeschwerdeführende Partei betreibt die Webseite XXXX und ihr ist die E-Mail-Adresse XXXX zuzurechnen.

Ausgehend von der E-Mail-Adresse XXXX wurde an den Empfänger ohne dessen vorherige Einwilligung am "12.4.2018, 10:09 Uhr, die E-Mail ? XXXX, deine Benachrichtigungen auf einen Blick' ausgehend von der E-Mail-Adresse XXXX" zugesendet.

Es konnte nicht festgestellt werden, dass der Erstbeschwerdeführer zum Zeitpunkt des Versandes des verfahrensgegenständlichen E-Mails entsprechend ausreichende Maßnahmen zur Überprüfung des Vorliegens einer Einwilligung beim Versand von elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung setzte, die Einhaltung dieser Maßnahmen kontrollierte oder konkrete Maßnahmen im Falle des Nicht-Funktionierens dieses Systems vorsah bzw. setzte.

Zwischen den Beschwerdeführern und dem Empfänger bestand zum Zeitpunkt des Versandes der verfahrensgegenständlichen E-Mail-Nachricht keine aufrechte Kundenbeziehung.

2. Beweiswürdigung:

Zur Feststellung des für die Entscheidung maßgebenden Sachverhaltes wurde im Rahmen des Ermittlungsverfahrens Beweis erhoben mittels Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht sowie durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde - insbesondere in das angefochtene Straferkenntnis - und in die Beschwerde.

Die Feststellungen entsprechen den von Seiten der Beschwerdeführer in ihrer Beschwerde unbestritten gelassenen Feststellungen im angefochtenen Straferkenntnis (abgesehen vom Vorliegen des Tatbestandselementes "ohne vorherige Einwilligung des Empfängers") und können insoweit auch dieser Entscheidung zugrunde gelegt werden. Auch in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht wurde von Seiten der Beschwerdeführer - abgesehen von dem obgenannten Tatbestandselement - die Erfüllung des objektiven Tatbestandes ausdrücklich bejaht (vgl. Seite 5 des Verhandlungsprotokolls, arg. "RI: Es wird Ihrerseits nicht bestritten, dass das verfahrensgegenständliche E-Mail am 12.04.2018 ausgehend von der E-Mail-Adresse XXXX an XXXX, mit dem Betreff ? XXXX, deine Benachrichtigungen auf einen Blick' zu Zwecken der Direktwerbung tatsächlich versendet wurde? - BF: Das ist korrekt.").

Die Feststellungen zur Person des Erstbeschwerdeführers gründen sich auf seine Angaben in der Beschwerdeverhandlung.

Die Feststellung zur Zurechenbarkeit der E-Mail-Adresse ergibt sich aus der Signatur im verfahrensgegenständlichen E-Mail, dessen Versand und Inhalt nicht bestritten wurden. Zudem wurde dieser Umstand von den Beschwerdeführern auch nicht bestritten.

Dass eine vom Empfänger gegenüber den Beschwerdeführern ausdrücklich ausgesprochene Einwilligung (abgesehen von der ins Treffen geführten Einwilligung aufgrund der Einwilligung in die AGB) vorgelegen habe, wurde vom Erstbeschwerdeführer nicht behauptet.

Hinsichtlich des Vorbringens der Beschwerdeführer, dass aufgrund der akzeptierten AGB durch den Empfänger eine Einwilligung vorgelegen habe:

Der Empfänger verneinte im Rahmen der Beschwerdeverhandlung glaubhaft, dass er sich auf dem von der zweitbeschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellten Kundenportal angemeldet habe sowie den Aktivierungslink im Bestätigungs-E-Mail erhalten und diesen angeklickt habe, um die Anmeldung im Portal der zweitbeschwerdeführenden Partei zu bestätigen (vgl. Seite 9 des Verhandlungsprotokolls, arg. "RI: Lag Ihrerseits für die Zusendung des verfahrensgegenständlichen E-Mails eine Einwilligung vor? - Z: Nein. Ich kenne die Seite auch nicht. - RI: Haben Sie sich je auf dem von der zweitbeschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellten Kontaktportal angemeldet? Wenn ja, haben Sie je den Aktivierungslink im Bestätigungs-E-Mail erhalten und angeklickt, um die Anmeldung im Portal der zweitbeschwerdeführenden Partei zu bestätigen? - Z: Kenne ich nicht. Absolut nicht."). Er schilderte dem Bundesverwaltungsgericht ferner schlüssig nachvollziehbar, dass er auch auf keine andere Weise mit dem von der zweitbeschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellten Kundenportal in Kontakt getreten sei und im Zuge dessen seine Kontaktdaten zum Erhalt von Werbebotschaften auch nicht übermittelt habe (vgl. Seite 11 des Verhandlungsprotokolls, arg. "RI: Haben Sie sonst in irgendeiner Weise ein Interesse an dem Kontaktportal der Beschwerdeführer gezeigt und im Zuge dessen Ihre Kontaktdaten übermittelt? - Z: Nein. Absolut nicht. [...]").

Der Empfänger hinterließ vor dem Bundesverwaltungsgericht einen sehr glaubwürdigen Eindruck und beantwortete schlüssig sowie ohne zu Zögern die an ihn gerichteten Fragen. Seine Aussagen können insoweit nicht bezweifelt werden.

Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführer auch trotz konkreter Aufforderung durch die belangte Behörde am 28.05.2018 keine Nachweise bezüglich der Anlegung eines Profils (= Registrierung) auf der von der zweitbeschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellten Webseite und der Profilaktivierung durch den Empfänger vorlegen konnten. Insbesondere auch den Umstand, dass die AGB im Zuge der Registrierung durch den Empfänger akzeptiert worden wären, vermohten die Beschwerdeführer nicht näher zu konkretisieren und auch nicht zu belegen [vgl. Seite 6 des Verhandlungsprotokolls, arg. "RI: Haben Sie in Ihrem Unternehmen dieses Bestätigungs-E-Mail, das der Zeuge bekommt, haben Sie das? - BF: Ja. - RI: Können Sie hierfür einen Nachweis (insbesondere für die Bestätigung des Abmeldelinks und der Aktivierung des Accounts durch den Empfänger) vorlegen? - BF: Nein."].

Auch das im Juli 2018 von der belangten Behörde durchlaufene Verfahren bezüglich der Anmeldung auf der von der zweitbeschwerdeführenden Partei betriebenen Webseite (die Richtigkeit der dadurch erzielten Ergebnisse durch die belangte Behörde wurde von den Beschwerdeführern nicht bestritten) zeigte, dass entsprechende von dieser Webseite ausgehende Benachrichtigungen auch ohne Bestätigung des Anmeldelinks verschickt werden.

Das Bundesverwaltungsgericht geht daher davon aus, dass der Empfänger im gegenständlichen Fall weder ein entsprechendes Profil auf der von der zweitbeschwerdeführenden Partei betriebenen Webseite anlegte, dh sich überhaupt nicht registrierte, noch den Aktivierungslink bestätigte. Folglich erteilte der Empfänger keine Einwilligung zu dem von der zweitbeschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellten Dienst, weshalb - entgegen der Annahme der Beschwerdeführer - die vorliegende Zusendung nicht "durch vertragliche Zustimmung des Empfängers (AGB) gedeckt" war und daher nicht "in Erfüllung eines Vertragsverhältnisses" erfolgte.

Das Tatbestandselement "ohne vorherige Einwilligung des Empfängers" ist daher als erfüllt anzusehen.

Folglich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass für den Versand des gegenständlichen E-Mails keine Einwilligung des Empfängers vorlag.

Zur Feststellung hinsichtlich eines fehlenden Maßnahmen- und Kontrollsysteins wird auf die Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung verwiesen.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

#### Zu Spruchpunkt A)

3.1. Zur Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte in Verwaltungsstrafsachen legt§ 50 VwGVG, BGBI I Nr 33/2013 ("Erkenntnisse") idF BGBI I Nr 57/2018, 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) Jedes Erkenntnis hat einen Hinweis auf die Voraussetzungen für die Bewilligung der Verfahrenshilfe im Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof zu enthalten."

§ 107 TKG 2003 idF BGBI I Nr 102/2011 lautet wortwörtlich 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 Benützung 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 BGBI. 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."

§ 107 TKG 2003 idF BGBI I Nr 78/2018 lautet wortwörtlich 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 Benützung 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 die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt.

(3) Eine vorherige Einwilligung 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.

(Anm.: Abs. 4 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."

Wer eine Verwaltungsübertretung gemäß § 107 Abs 2 Z 1 TKG 2003 begeht, ist nach § 109 Abs 3 Z 20 TKG 2003 mit einer Geldstrafe bis zu EUR 37.000,-- zu bestrafen.

Gemäß § 38 VwG VG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 B-VG in Verwaltungsstrafsachen die

Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl Nr 52/1991, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des II. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes - FinStrG, BGBl Nr 129/1958, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 38 VwG VG sowie § 24 VStG iVm § 39 Abs 2 AVG wurden die vorliegenden Beschwerdeverfahren aus Gründen der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostensparnis zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

3.2. Im vorliegenden Fall steht fest (II.1. und 2.), dass die verfahrensgegenständliche

E-Mail-Nachricht ausgehend von der zweitbeschwerdeführenden Partei zurechenbaren

E-Mail-Adresse dem Empfänger zugesendet wurde.

3.3. In der gegenständlichen Beschwerde wird in Bezug auf das Straferkenntnis zusammengefasst vorgebracht, dass entgegen den Ausführungen im angefochtenen Straferkenntnis die zu Unrecht inkriminierte Zusendung in Erfüllung eines Vertragsverhältnisses erfolgt und durch vertragliche Zustimmung des Empfängers (AGB) gedeckt gewesen sei. Folglich handle es sich bei der verfahrensgegenständlichen Zusendung nicht eine "zu Zwecken der Direktwerbung". Die Bestimmung des § 107 TKG 2003 sei daher überhaupt nicht anwendbar.

3.3.1. § 107 TKG 2003 setzt Art 13 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlamentes und Rates vom 12. Juli 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 Parlamentes und des Rates vom 25. November 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."

Dass im gegenständlichen Fall konkret den Beschwerdeführern gegenüber eine ausdrückliche Einwilligung von Seiten des Empfängers zur Kontaktaufnahme vorgelegen habe, wird von den Beschwerdeführern nicht behauptet.

Der Verwaltungsgerichtshof sprach in Bezug auf das allfällige Vorliegen einer Einwilligung im Sinne des § 107 Abs 1 TKG 2003 in seinem Erkenntnis vom 26.06.2013, 2013/03/0048, Folgendes aus:

"Bei der nach § 107 Abs 1 TKG erforderlichen vorherigen Einwilligung handelt es sich um eine zustimmende Willenserklärung des (zukünftigen) Anrufempfängers, wobei für diese Zustimmung ein gesetzliches Formerfordernis nicht besteht, sodass auch eine konkludente Zustimmung nicht ausgeschlossen werden kann (vgl in dieser Richtung VwGH vom 26. April 2007, 2005/03/0143, und VwGH vom 24. März 2010, 2007/03/0177). 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 eine 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 eines Anrufs zu Werbezwecken verstanden werden kann (vgl VwGH vom 24. März 2010, 2007/03/0177, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs)."

Beim sogenannten double-opt-in-Verfahren erfolgt die Einholung der Einwilligung durch den Empfänger in einem zweistufigen Verfahren. Bei der Anmeldung (durch E-Mail, auf der

Webseite des Unternehmens ua) zum Bezug elektronischer Post (etwa zu einem Newsletter) wird in einem ersten Schritt die individuelle Nachricht an die angegebene E-Mail- oder sonstige Adresse gesendet, dass für diese E-Mail-Adresse eine Anmeldung erfolgt ist. Erst in einer auf diese Nachricht (E-Mail oder Kurznachricht) gegebenen Anmeldung/Antwort (die auch durch Anklicken eines gesendeten Links oder durch Bekanntgabe einer Internetseite, auf welcher der künftige Bezugnehmer ein Einwilligungshäkchen zu setzen hat, erfolgen kann) ist die finale Anmeldung und die Aufnahme in die entsprechende Liste des Werbenden abgeschlossen. Ein System ohne weitere Rückbestätigung (bei welcher die Option gegeben wird, den Dienst auch wieder abzubestellen) ist als unzureichend zu beurteilen; hier ist die Gefahr von Missbrauch nicht - weit genug - ausgeschlossen. Wird der mitgeschickte Link (oder die Anleitung zum Setzen der Bestätigung) nicht angeklickt, ist dies als Schweigen zu werten, was zur Konsequenz hat, dass die betreffende Person zum offerierten Dienst nicht eingewilligt hat (vgl. Riesz, in Riesz/Schilchegger [Hrsg], TKG [2016] § 107 Anm 63 mit Verweis ua auf VwGH 26.06.2013, 2012/03/0089).

Wie bereits in der Beweiswürdigung festgehalten, legte der Empfänger sowohl im Verfahren vor der belangten Behörde als auch in der Beschwerdeverhandlung schlüssig nachvollziehbar dar, dass er weder auf der von der zweitbeschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellten Webseite ein entsprechendes Profil angelegt noch einen entsprechenden Aktivierungslink erhalten und diesen aktiviert habe. Auch wurde von den Beschwerdeführern weder konkretisiert noch nachgewiesen, dass eine entsprechende Registrierung und/oder eine Bestätigung des Links durch den Empfänger erfolgt wäre. Folglich geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass keine entsprechende Einwilligung des Empfängers zum Erhalt der vorliegenden E-Mail-Nachricht vorlag.

Im Beschwerdefall wurden auch keine Anhaltspunkte geltend gemacht, die eine Anwendung des§ 107 Abs 3 TKG 2003 erforderlich machen würden, da das Bundesverwaltungsgericht von keiner bestehenden Geschäftsbeziehung ausgeht (vgl. Beweiswürdigung).

3.3.2. Wenn die Beschwerdeführer nunmehr vorbringen, dass aufgrund der gegenständlichen Zusendung "in Erfüllung von Vertragsverhältnissen" nach Einwilligung in die AGB durch den Empfänger keine Zusendung "zu Zwecken der Direktwerbung" vorliege, ist ihnen Folgendes entgegenzuhalten:

Der Verwaltungsgerichtshof sprach zum Begriff der "Direktwerbung" Folgendes aus (vgl. VwGH 26.06.2013, 2012/03/0089):

"?Direktwerbung' umfasst nach allgemeinem Sprachgebrauch alle Formen der individuellen werblichen Kommunikation zwischen Anbietern und ausgewählten (potentiellen) Nachfragern, die nicht persönlich, sondern durch ein Medium erfolgt (vgl Brockhaus Enzyklopädie21; Gabler Wirtschaftslexikon17). Der Rechtsbegriff der ?Direktwerbung' ist nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ?im Lichte der Erfahrungen und Bedürfnisse der Praxis zu sehen und daher weit zu interpretieren. Er erfasst jeden Inhalt, der für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee einschließlich bestimmter politischer Anliegen wirbt oder dafür Argumente liefert' (vgl die Regierungsvorlage zum TKG 2003 128 BlgNR 22. GP, S 20). Dementsprechend wird der Begriff in der Rechtsprechung auch weit interpretiert und umfasst jede Maßnahme, die dazu dient, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen, wobei schon die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen diesem Begriff unterstellt werden kann. Dabei hindert insbesondere auch die Gestaltung als Informationsmail die Qualifikation als Werbung nicht (vgl etwa OGH vom 30. September 2009,

7 Ob 168/09w, mwN; zur Auslegung des auf Art 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation zurückzuführenden Rechtsbegriffes im deutschen Lauterkeitsrecht etwa BGH vom 17. Juli 2008, I ZR 197/05, MultiMedia und Recht 2006, 662ff)."

Im Einklang damit und in Kongruenz zur (allgemeinen) Werbung sprechen sich auch die Materialien zu § 107 (EBRV 128 BlgNR XXII.GP 20) dafür aus, den Terminus "Direktwerbung" im Lichte der Erfahrungen und Bedürfnisse der Praxis weit auszulegen und jeden Inhalt zu erfassen, der für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee einschließlich bestimmter politischer Anliegen wirbt oder dafür Argumente liefert. Demgemäß ist davon jede Maßnahme eingeschlossen, die dazu dient, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen (vgl. Riesz, in Riesz/Schilchegger [Hrsg], TKG [2016] § 107 Anm 29).

Im Lichte der Feststellungen zum Inhalt des verfahrensgegenständlichen E-Mails (II.1.) kann aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes nicht bezweifelt werden, dass die Beschwerdeführer beim Versand des vorliegenden E-Mails dabei insbesondere auch zum Ziel hatten, den angeschriebenen Empfänger für die Nutzung der von der zweitbeschwerdeführenden Partei betriebenen Webseite - konkret: "es gibt Neuigkeiten auf Deinem Profil. Viel Spaß wünscht Dir das abenteuerx.com-Team!" - zu gewinnen. Vor dem Hintergrund, dass nach der zitierten Judikatur dem Begriff der "Direktwerbung" bereits "die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen [...] unterstellt werden kann" und "auch die Gestaltung als Newsletter oder Informations-Mail die Qualifikation als Werbung nicht" verhindert sowie im vorliegenden E-Mail auf einen möglichen Bedarf (die Zurverfügungstellung von "Kontaktmöglichkeiten zu real existierenden, gleichgesinnten Frauen, Paaren und Männern die unter Umständen neue Partner kennen lernen möchten" - vgl. die vorgelegten "AGB") hingewiesen und gleichzeitig eine mögliche Inanspruchnahme dieser Leistung (Kontaktaufnahme mit den jeweiligen Personen) angeboten wurde, ist vom Vorliegen von elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung auszugehen. Zudem ist Entgeltlichkeit für die Qualifikation als Werbung nicht erforderlich (vgl. Riesz, in Riesz/Schilchegger [Hrsg], TKG [2016] § 107 Anm 29 mit Hinweis auf BVwG 18.06.2015, W194 207173-1).

Da - wie bereits in der Beweiswürdigung dargelegt - nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine Registrierung auf der von der zweitbeschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellten Webseite durch den Empfänger erfolgte, kann dahingestellt bleiben, ob - wie von den Beschwerdeführern vorgebracht - unter einem mit der Registrierung die Einwilligung in die AGB erfolgt.

3.4. Hinsichtlich der subjektiven Tatseite ist Folgendes zu erwägen:

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

"(1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit

fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft."

§ 5 Abs 1a VStG idFBGBI I Nr 57/2018, der gemäß § 20 Abs 2 VStG idFBGBI I Nr 57/2018 am 01.01.2019 in Kraft trat, trägt folgenden Wortlaut:

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

In den Erläuterungen zur Novelle des Verwaltungsstrafgesetzes wird in Bezug auf den neu eingefügten Absatz 1a Folgendes festgehalten (vgl. ErläutRV 193 BlgNR 26. GP 2):

"§ 5 Abs. 1 VStG sieht in Bezug auf Fahrlässigkeitsdelikte unter weiteren Voraussetzungen vor, dass ein Verschulden ? ohne weiteres anzunehmen' ist; es handelt sich demnach um eine -

allerdings widerlegliche - gesetzliche Vermutung, dass den Beschuldigten ein Verschulden trifft. Diese Vermutung soll dann nicht gelten, wenn eine (einzelne) Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über 50 000 Euro bedroht ist. Ist eine Verwaltungsübertretung (als solche) mit einer Geldstrafe von über 50 000 Euro bedroht, erreicht eine entsprechende Tat eine Gravität, bei der ein Verschulden nicht ohne weiteres anzunehmen ist."

Da im vorliegenden Fall in Bezug auf § 107 Abs 2 Z 1 TKG 2003 der Strafrahmen bis zu EUR 37.000,-- reicht, kann bereits deshalb § 5 Abs 1a VStG in Bezug auf diese Verwaltungsübertretung keine Anwendung finden.

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

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 bei einem Ungehorsamsdelikt iSd § 5 Abs 1 VStG daher am Beschuldigten gelegen, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (vgl. ua VwGH 20.01.2016, 2013/17/0033).

Zu einer solchen Glaubhaftmachung ist es erforderlich, dass der Beschuldigte initiativ, von sich aus in substantierter Form alles darlegt, was für seine Entlastung spricht, wozu die Darlegung gehört, dass er Maßnahmen getroffen habe, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschrift mit gutem Grund erwarten ließ. Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (vgl. etwa VwGH 26.03.2015, 2013/07/0011 unter Verweis auf VwGH 17.10.2007, 2006/07/0007).

Auch durch die Darlegung eines entsprechend wirksamen Kontrollsysteins kann mangelndes Verschulden glaubhaft gemacht werden (vgl. VwGH 20.03.2018, Ra 2017/03/0092). Ein wirksames Kontrollsysteim liegt vor, wenn es unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten lässt (vgl. VwGH 20.03.2018, Ra 2017/03/0092; 25.03.2009, 2006/03/0010). Eine abstrakte Umschreibung des Kontrollsysteims genügt nicht; es ist vom Beschuldigten darzulegen, wie dieses Kontrollsysteim im Einzelnen funktionieren hätte sollen (vgl. VwGH 10.10.2004, 2004/02/0269). Dazu gehört auch die Darlegung, welche konkreten Maßnahmen getroffen wurden, um die in Rede stehenden Verstöße zu vermeiden (vgl. VwGH 21.08.2014, 2010/11/0193). Belehrungen, Arbeitsanweisungen oder stichprobenartige Kontrollen reichen nicht aus, um die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsysteims glaubhaft zu machen (vgl. VwGH 08.11.2016, Ra 2016/11/0144 mit Hinweis auf VwGH 24.03.2015, 2013/03/0054, und 26.05.2014, 2012/03/0084). Ein geeignetes Kontrollsysteim hat zudem nicht nur Vorkehrungen für die Kontrolle durch den Arbeitgeber, sondern auch ein geeignetes Sanktionssystem bei Zuwiderhandeln des Arbeitnehmers zu enthalten (vgl. VwGH 19.09.2016, Ra 2016/11/0112). Zudem muss dargelegt werden, warum trotz der begangenen Übertretung ein wirksames Kontrollsysteim bestehen soll (vgl. VwGH 28.07.1995, 95/02/0275).

Ein iSd höchstgerichtlichen Rechtsprechung exkulpierendes Kontrollsysteim konnte der Erstbeschwerdeführer mit seinen bloß allgemein gehaltenen Behauptungen und Vorgehensbeschreibungen jedoch nicht darlegen:

Im vorliegenden Fall hätte der Erstbeschwerdeführer daher darzulegen gehabt, dass er entsprechende Maßnahmen

getroffen habe, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen insbesondere die Einhaltung der gesetzlichen Vorschrift des § 107 TKG (dh dass bei nicht erfolgter Einwilligung des Empfängers diesem keine elektronische Post zu Zwecken der Direktwerbung übermittelt wird) mit gutem Grund erwarten lassen.

Der Erstbeschwerdeführer versuchte in der öffentlich mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht das Bestehen eines Kontrollsystems darzulegen, jedoch ist für das Bundesverwaltungsgericht nicht erkennbar, wie lediglich die Einrichtung eines voll automatisierten Systems bei der Einholung der entsprechenden Einwilligung des Empfängers, ohne die genauen dahinterliegenden Parameter dieses Systems zu kennen (vgl. Seite 6 des Verhandlungsprotokolls, arg. "RI: Wer in Ihrem Unternehmen veranlasst den Versand von derartigen E-Mails? - BF: Vollautomatisch. - RI: Davor muss es ja jemanden gegeben haben, der das System aufgesetzt hat. Waren Sie das? - BF: Das war der Techniker. Das kann ich nicht beantworten. Das ist schon so viele Jahre her. Das ist eine Software, die entwickelt worden ist. - RI: Wer hat die Parameter für diese Software vorgegeben? - BF: Das war ich bzw. mein Vorgänger. Ich bin erst seit 3 Jahren Geschäftsführer. Vorher war das Herr XXXX ."), zu einem wirksamen Kontrollsyste iSD strengen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes beitragen sollen. Insbesondere legte der Erstbeschwerdeführer auch nicht dar, wie er die richtige Funktionsweise dieses Systems beaufsichtigte bzw. die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen kontrollierte und welche Maßnahmen er im Falle des Nicht-Funktionieren dieses Systems setze.

Zudem zeigt auch der Umstand, dass die Beschwerdeführer den Nachweis der entsprechenden Registrierung und der Aktivierung eines Accounts durch den Empfänger nicht zu erbringen vermochten, für das Bundesverwaltungsgericht, dass der Erstbeschwerdeführer über kein funktionierendes Maßnahmen- und Kontrollsyste verfügt [vgl. Seite 6 des Verhandlungsprotokolls, arg. "RI: Haben Sie in Ihrem Unternehmen dieses Bestätigungs-E-Mail, das der Zeuge bekommt, haben Sie das? - BF: Ja. - RI: Können Sie hierfür einen Nachweis (insbesondere für die Bestätigung des Abmeldelinks und der Aktivierung des Accounts durch den Empfänger) vorlegen? - BF: Nein."]. Gerade wenn - gemäß der AGB - bereits durch die Registrierung auf der von der zweitbeschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellten Webseite vom jeweiligen Kunden die "Einwilligung in den Empfang des Newsletters und allgemeiner Werbung per E-Mail" erteilt werde, wäre es am Erstbeschwerdeführer gelegen, ein entsprechendes System zur jeweiligen Nachweisbarkeit der erfolgten Registrierung bzw. der Zusendung des Aktivierungslinks sowie dessen Bestätigung zu etablieren.

Auch die Tatsache, dass der Empfänger zahlreiche Versuche unternommen musste, um sich vom Erhalt von weiteren E-Mails der zweitbeschwerdeführenden Partei abzumelden (vgl. Seite 7 des Verhandlungsprotokolls, arg. "RI: Haben Sie sonst in irgendeiner Weise ein Interesse an dem Kontaktportal der Beschwerdeführer gezeigt und im Zuge dessen Ihre Kontaktdaten übermittelt? - Z: Nein. Absolut nicht. Mein einziges Interesse war jenes: Ich habe versucht, meine E-Mail-Adresse dort rauszulöschen. Ich habe meiner Erinnerung nach mit einer Dame telefoniert und auf diese Weise versucht, die Löschung meiner E-Mail-Adresse zu erreichen, was mir aber nicht gelungen ist. Sie hat mich verwiesen, ich müsste das auf der Seite machen. Meiner Erinnerung nach habe ich im Impressum eine Wiener Adresse des Unternehmens gefunden und dieses Unternehmen gegoogelt und so bin ich zur Telefonnummer gekommen. - RI: Haben Sie vor der Erstattung Ihrer Anzeige am 13.04.2018 versucht, sich vom Erhalt der E-Mails durch die zweitbeschwerdeführende Partei abzumelden? - Z: Ja. Über den Link und zweitens durch telefonischen Kontakt bei dieser Wiener Firma. Ich meine, das war eine Dame."), zeigt nicht davon, dass bei der zweitbeschwerdeführenden Partei ein funktionierendes Maßnahmen- und Kontrollsyste beim Versand von Newslettern an Personen, von welchen eine entsprechende Einwilligung erteilt wurde, implementiert worden wäre.

Von den Beschwerdeführern werden auch keine Umstände aufgezeigt, weshalb der Fehler - die Zusendung des verfahrensgegenständlichen E-Mails ohne erfolgter Einwilligung des Empfängers (trotz nicht erfolgter Registrierung durch den Empfänger und nicht durchgeföhrter Bestätigung des Aktivierungslinks) - ungeachtet eines ansonsten funktionierenden Maßnahmen- und Kontrollsyste auftrat (vgl. Seite 6 des Verhandlungsprotokolls, arg. "RI: Der Empfänger bestreitet, sich jemals auf Ihrer Webseite registriert zu haben. Wie kann es sein, dass er trotzdem das vorliegende E-Mail erhalten hat? - BF: Das kann aus meiner Sicht nicht so sein. Das geht ja nicht."), zumal es auch im Zuge des durch den Vertreter der belangen Behörde durchgeföhrten Verfahrens zur Zusendung von zahlreichen E-Mails ohne Bestätigung des Aktivierungslinks durch den Vertreter der belangen Behörde kam.

Die Ausführungen des Erstbeschwerdeführers sind daher nicht geeignet, um für diesen entlastend zu wirken. Dass der subjektive Tatbestand nicht erfüllt wäre, war auch für das Bundesverwaltungsgericht nicht erkennbar, weshalb in

Bezug auf die vorgeworfene Verwaltungsübertretung im gegenständlichen Fall vom Vorliegen eines Verschuldens des Erstbeschwerdeführers und daher von der Erfüllung der subjektiven Tatseite durch diesen auszugehen war.

3.5. Hinsichtlich der in eventu beantragten Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens ist Folgendes auszuführen:

§ 45 Abs 1 VStG lautet auszugsweise folgendermaßen:

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

Vor diesem Hintergrund liegt schon deshalb kein geringfügiges Verschulden des Erstbeschwerdeführers vor (dessen Vorliegen vom Erstbeschwerdeführer auch gar nicht behauptet wurde) und ist allein schon deswegen ein Vorgehen nach § 45 Abs 1 Z 4 VStG nicht geboten.

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

Aufgrund des Nichtvorliegens eines geringfügigen Verschuldens sowie der mangelnden Geringfügigkeit des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung, kommt auch der Ausspruch einer Ermahnung iSd § 45 Abs 1 VStG nicht in Betracht (vgl. VwGH 11.05.2018, Ra 2017/02/0247).

3.6. In Bezug auf die Strafbemessung ist Folgendes zu erwägen:

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)