jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2021/3/10 W179 2221574-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 10.03.2021

Entscheidungsdatum

10.03.2021

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 §21
VStG 1950 §45 Abs1 Z4
VStG 1950 §5 Abs1
VStG 1950 §5 Abs2
VStG 1950 §64
VStG 1950 §9 Abs1
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §50 Abs1
VwGVG §52 Abs1
VwGVG §52 Abs2
VwGVG §52 Abs6

Spruch

W179 2221574-2/8E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Eduard Hartwig PAULUS als Einzelrichter über die von XXXX als Inhaber und zur Vertretung nach außen berufenen Person der XXXX . in XXXX , gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Wien, Niederösterreich und Burgenland vom XXXX , XXXX , erhobenen Beschwerde betreffend eine Angelegenheit nach dem Telekommunikationsgesetz 2003, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, zu Recht erkannt:

SPRUCH

A) Beschwerde

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. XXXX hat einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht in der Höhe von € XXXX binnen zwei Wochen ab Zustellung dieser Entscheidung zu leisten.

B) Revision

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 nach einer erfolgten Aufforderung zur Rechtfertigung im Rahmen des behördlichen Strafverfahrens, der Beschwerdeführer habe es als Inhaber der - XXXX - zu verantworten, dass am XXXX , XXXX Uhr, von seinem Unternehmen aus in einem Fall elektronische Post zu Zwecken der Direktwerbung von der E-Mail-Adresse XXXX mit dem Betreff „ XXXX " an Herrn XXXX an die E-Mail-Adresse XXXX ohne vorherige Einwilligung des Empfängers gesendet wurde. Dadurch habe der Beschwerdeführer gegen § 107 Abs 2 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG) verstoßen und wurde wegen dieser Verwaltungsübertretung über den Beschwerdeführer nach § 109 Abs 3 Z 20 TKG 2003 eine Geldstrafe in der Höhe von € XXXX (Ersatzfreiheitsstrafe XXXX Stunden) verhängt. Samt dem Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von € XXXX (§ 64 VStG) wurde der zu zahlende Gesamtbetrag mit insgesamt € XXXX festgesetzt.

2. Die belangte Behörde legt den Antrag des Beschwerdeführers auf Bewilligung der Verfahrenshilfe, konkret auf Beigebung eines Verfahrenshilfeverteidigers zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde, samt Vermögensbekenntnis und Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht vor.

3. Dieser Antrag wird mit hg Beschluss vom XXXX , als unbegründet abgewiesen.

4. In der Folge erhebt der (unvertretene) Rechtsmittelwerber gegen das Straferkenntnis Beschwerde, ficht es vollinhaltlich an, dies mit dem Begehren, das Straferkenntnis zu beheben. Eine mündliche Verhandlung wird nicht beantragt.

Begründend führt das Rechtsmittel wortwörtlich aus: „Die XXXX ist ein Einzelunternehmen mit Unternehmenssitz in [Adresse] und wurde im Zuge der Umbenennung der ehemaligen XXXX in XXXX im Dezember XXXX gegründet. Die XXXX nutzt die Büroräumlichkeiten und die IT-Infrastruktur der XXXX in [Adresse], die als Nachfolgerin der XXXX auch Inhaberin der Domain XXXX ist. Sämtliche elektronische Post zu Zwecken der Direktwerbung für Produkte/Leistungen, die unter der Domain XXXX versandt wurden erfolgte durch die XXXX und unter Verwendung deren IT-Infrastruktur und deren IP-Adresse XXXX . Mit dem Straferkenntnis GZ.: XXXX wurde die XXXX bereits wegen des Verstoßes gegen § 107 Abs. 2 Z 1 Telekommunikationsgesetz 2003 - TKG 2003 BGBl 1 [sic!] 70/2003 idF I 78/2018 iVm § 9 Abs 1 VStG zu einer Geldstrafe von XXXX Euro zuzüglich XXXX Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, somit zu XXXX ,- Euro verurteilt. Da die XXXX weder Eigentümer der Domain XXXX ist, noch einen Versand zu verantworten hat und eine Doppelbestrafung wegen des gleichen Vergehens nicht zulässig ist, erfolgte das Straferkenntnis gegen die XXXX unrechtmäßig. Es wird daher die Aufhebung des Straferkenntnis beantragt."

5. Die belangte Behörde legt die Beschwerde vor, verzichtet auf eine Beschwerdevorentscheidung sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, erstattet keine Gegenschrift und beantragt die Abweisung der Beschwerde.

6. Das Bundesverwaltungsgericht führt eine mündliche Beschwerdeverhandlung unter Teilnahme des Beschwerdeführers und der belangten Behörde ab.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Die „ XXXX “ wurde am XXXX ins Firmenbuch unter der Firmenbuchnummer „ XXXX “ eingetragen, und diese Firma im Firmenbuch mit Eintragung vom XXXX geändert auf „ XXXX [ohne Komma zwischen den Worten „ XXXX “ und „ XXXX “]. Die „ XXXX “ war in zwei Geschäftsbereichen tätig, nämlich in der XXXX als auch in der XXXX . Dementsprechend gab es bereits damals zwei unterschiedlichen Newsletter, für jeden Geschäftsbereich einen, für die XXXX gab es einen Newsletter von der Domain „ XXXX “, wobei „ XXXX “ eben für „ XXXX “ steht, für die XXXX wurde ein Newsletter unter der „Marke“ „ XXXX “ verschickt. Die Domain „ XXXX “ wurde über die Netzbetreiberin und Domain-Administratorin „ XXXX “ für die „ XXXX “ (erstmalig) registriert und war letztere – durchgängig bis zu ihrer erneuten Firmenänderung (dazu sogleich) – jedenfalls die Domaininhaberin.

2. Im Jahr XXXX kam es insoweit zu zwei Änderungen, als die beiden erwähnten Geschäftsbereiche auch firmenrechtlich getrennt wurden, und zwar wurde (jeweils mit am XXXX beim zuständigen Firmenbuchgericht einlangenden Antrag auf Änderung der Firma bzw auf Neueintragung einer Firma) die „ XXXX “ mit XXXX auf die nunmehrige „ XXXX “ geändert und die „ XXXX “ mit XXXX erstmalig eingetragen. Fortan war die „ XXXX “ für den Geschäftsbereich XXXX sowie die „ XXXX für den Geschäftsbereich XXXX zuständig. Die „ XXXX verfügt weder über Mitarbeiter, noch eigene Büroräumlichkeiten für die Mitarbeiter, noch eigene IT-Infrastruktur, sondern hat mit der „ XXXX “ einen entsprechenden „Dienstleistungsvertrag“ geschlossen, wonach ihr die benötigte Infrastruktur (ua Mitarbeiter, Büros und insbesondere IT-Infrastruktur) entgeltlich durch die „ XXXX “ zur Verfügung gestellt wird und sie dieser dafür ein jährliches „Administrationsentgelt“ bezahlt.

3. Die „ XXXX “ hatte seit der Firmenbuchänderung am XXXX als Anschrift „ XXXX , welche auch die Anschrift der XXXX “ [ohne Komma zwischen den Worten „ XXXX “ und „ XXXX “] als auch der „ XXXX “ blieb. Ebenso war durchgängig alleiniger handelsrechtlicher Gesellschafter aller drei genannten Firmen der Beschwerdeführer mit jeweils alleiniger Vertretungsbefugnis.

Die „ XXXX “ hat hingegen ihre Anschrift in „ XXXX “, ist deren Inhaber durchgängig seit der Ersteintragung der Beschwerdeführer, der seit XXXX über eine Gewerbeberechtigung „ XXXX , an der genannten Adresse des eingetragenen Unternehmens verfügt und ebenso zum inkriminierten Tatzeitpunkt am XXXX verfügte. Die „ XXXX gibt als Adresse (aktenkundig) grundsätzlich die („entgeltlich mitbenutzten“) Büroräumlichkeiten der „ XXXX “ und somit die Adresse „ XXXX an, außer bei gesetzlichen Verpflichtungen wie im Impressum der Homepage XXXX , in dem sie dann entsprechend der Offenlegungspflicht nach § 5 E-Commerce-Gesetz und § 25 Mediengesetz die eigen Adresse „ XXXX “, die zugleich die XXXX des Beschwerdeführers ist, anführt, wobei sie zusätzlich auch die Büroanschrift (als solche ausgewiesen) und somit die Adresse „ XXXX “, bekanntgibt.

4. Der Empfänger der inkriminierten E-Mail war für die „ XXXX “ [Anm: mit Komma zwischen den Namen] für ca zwei Monate als Projektassistent bis zum Dezember XXXX tätig und hat während dieser Zeit (zu Testzwecken) seine (teils fiktiven) Daten inklusive seiner tatsächlichen privaten E-Mail-Adresse XXXX selbst in die Adressdatenbank der „ XXXX “ - in Eigeninitiative und ohne Wissen der genannten XXXX –eingepflegt, ua um die Formatierung der ausgesandten Newsletter zu prüfen. Konkret pflegte der Empfänger nachstehenden Datensatz ein:

„Firmenname: XXXX

Ansprechpartner: XXXX

E-Mail-Adresse: XXXX “

Allerdings verfügt der Empfänger über kein XXXX -Unternehmen, noch über einen XXXX , beides hat er zu Testzwecken eingegeben, und handelt es sich bei der XXXX vielmehr um sein damaliges Hobby.

Zum Ende seiner Projektassistenz hat der Empfänger den von ihm angelegten Datensatz weder gelöscht noch die „ XXXX “ über diesen Datensatz informiert. Woraufhin der Empfänger auch nach der Beendigung seiner Tätigkeit als Projektassistent Newsletter aus XXXX fortlaufend an seine zitierte private E-Mailadresse zugestellt bekam, obwohl er gar nicht in das Geschäftsprofil XXXX und damit der XXXX “ fiel und für diese weder als Kunde in Frage kam noch interessant war. Vor diesem Hintergrund erhielt er immer wieder auch den Newsletter aus dem Geschäftsbereich XXXX , ausgesandt von der Domain „ XXXX “.

Nach Kenntnis der beiden verwaltungsstrafrechtlichen Behördenverfahren hat der Beschwerdeführer die sofortige Löschung des Datensatzes des Empfängers (und ehemaligen Projektassistenten) veranlasst.

5. Der Empfänger wollte die Newsletter nicht erhalten und hat am XXXX und XXXX jeweils im zugegangenen Newsletter auf den Abmeldungshyperlink des Newsletters geklickt und jeweils am soeben genannten Datum von seiner zitierten privaten E-Mail-Adresse eine Abmeldungsemail jeweils an die E-Mail-Adresse XXXX gesandt, jeweils mit dem Betreff „Abmeldung Newsletter XXXX “, und jeweils mit dem Text „Ich möchte mich mit der E-Mail Adresse XXXX vom XXXX Angebotsnewsletter abmelden“, wobei er bei der Abmeldungsemail vom XXXX hinzufügte: „Und dass zum mindestens dritten Mal!!!! Löschen sie mich endlich aus dem Verteiler und der Datenbank. Die E-Mail Adresse wurde nur für Testzwecke angelegt!!!“.

Aktenkundig ist ferner eine Abmeldungsemail des Empfängers von seiner zitierten privaten E-Mail-Adresse vom XXXX , somit nach der Zustellung der hier inkriminierten E-Mail, wiederum mit dem Betreff „Abmeldung Newsletter XXXX “ und wiederum dem E-Mail-Inhalt „Ich möchte mich mit der E-Mail Adresse XXXX vom XXXX Angebotsnewsletter abmelden“; diesmal ging jedoch die Abmeldungsemail an die E-Mail-Adresse XXXX , somit hat der Empfänger diesmal auf den Abmeldungslink des Newsletters der „ XXXX “ geklickt, zudem ergänzte er den Inhalt der Abmeldungsemail wie folgt: „Dies ist meine 6. (!!!) Mail zur Abmeldung aller Newsletter des XXXX [sic!] und XXXX !! Sollte diese Nachricht auch diesmal ignoriert werden und meine E-Mail-Adresse nicht umgehend aus Ihrer Datenbank gelöscht werden, um keine einzige Nachricht mehr von Ihnen zu erhalten, landet die komplette Korrespondenz bei meinem Anwalt! Ich bin weder Geschäftspartner, Kunde oder sonst etwas von Ihrem Unternehmen. Diese E-Mail-Adresse wurde lediglich zu Testzwecken in Ihrem System hinterlegt!“

6. Der Beschwerdeführer war wie erwähnt im Tatzeitpunkt XXXX Inhaber der „ XXXX und verfügte im Tatzeitpunkt über eine Gewerbeberechtigung „ XXXX “, XXXX . Am XXXX , XXXX Uhr, wurde von der E-Mail-Adresse XXXX aus eine E-Mail mit dem Betreff „ XXXX “ an Herrn XXXX an die E-Mail- XXXX gesendet. Der Empfänger hat nie der „ XXXX unmittelbar eine Einwilligung zum Empfang von elektronischer Post (zu Zwecken der Direktwerbung) eingeräumt.

Die E-Mail beginnt mit:

XXXX

7. Die belangte Behörde führte am XXXX eine Abfrage der Domain „ XXXX “ über die Homepage https://www.nic.at und in weiterer Folge über die dortige WHOIS-Datenbank ab; dies mit dem Ergebnis, dass die Domain „ XXXX “ (zwangsläufig) bereits vergeben ist, zum anderen, dass die Domain „ XXXX “ über die XXXX registriert und diese die Domain-Administratorin, sowie die Domaininhaberin die „ XXXX - mit der Adresse XXXX (also die gegen Entgelt mitbenutzten Büroräumlichkeiten; vgl Feststellungen dazu oben), ist, wobei die letzte Änderung der Domaininhaberin mit XXXX ausgewiesen wird; diese Änderung wurde von einer Mitarbeiterin des Beschwerdeführers vorgenommen.

8. Nach der behördlichen Aufforderung zur Rechtfertigung vom XXXX übermittelte der Beschwerdeführer seine Rechtfertigung im vorliegenden Strafverfahren via E-Mail vom XXXX von der E-Mail-Adresse „ XXXX und wurde diese an ihrem Ende elektronisch gezeichnet wie folgt:

„elektronisch gezeichnet

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX “

9. Die Homepage XXXX wies in ihrem Impressum mit Überprüfungszeitraum XXXX und Abfragestand XXXX unter „Offenlegung nach § 5 E-Commerce-Gesetz und § 25 Mediengesetz“ die „ XXXX mit Adresse „ XXXX und der E-Mail-Adresse „ XXXX “ und als Geschäftsführer den Beschwerdeführer aus; wohingegen eine behördliche Abfrage des Impressum vom XXXX an derselben Stelle im Impressum, also nach § 5 E-Commerce-Gesetz und § 25 Mediengesetz, neben dem „ XXXX “ die „ XXXX .“ mit der firmenbuchrechtlichen Anschrift „ XXXX “, sowie der Büroadresse in „ XXXX “, mit der E-Mail- XXXX und als Inhaber den Beschwerdeführer ausweist; also - nicht - die „ XXXX “.

10. Ob nach den beiden dargestellten firmenrechtlichen Änderungen im Jahr XXXX die neue Inhaberin der Domain „ XXXX “ fortan die „ XXXX .“ selber, oder die „ XXXX “ ist, welche diese Domain in weiterer Folge der „ XXXX “ entgeltlich

zur Verfügung stellt, ist unklar. Jedenfalls ist die E-Mailadresse XXXX zumindest im Zeitpunkt der Tathandlung XXXX der „ XXXX .“ zuzurechnen.

11. Nach der Darstellung des Beschwerdeführers (im Parallelverfahren) kommen Abmeldungen üblicherweise über den Abmeldelink in den ausgesendeten E-Mails zurück, als Antwort auf die ausgesendeten E-Mails oder via E-Mail an die jeweilige „office“-Adresse. Die Abmeldungen werden im Wesentlichen von einer (näher genannten) Mitarbeiterin betreut. Nach den Angaben des Beschwerdeführers werden bei Abmeldungen über den Link die Adressen automatisch und bei sonstigen Abmeldungen händisch aus dem System gelöscht. Es gibt nach den Ausführungen des Beschwerdeführers für den Umgang mit Abmeldungen eine Unternehmensanweisung, die im Rahmen eines Team-Gespräches schriftlich fixiert wurde. Eine Kontrollschleife gibt es für dieses System nicht. Der Beschwerdeführer verweist dazu auf die „überschaubare Unternehmensgröße“ und die „sehr einfach“ vorzunehmende Umsetzung einer Abmeldung, welche eine Kontrolle nicht nötig machen.

12. Der Beschwerdeführer ist (aus Sicht des Zeitpunktes der hier inkriminierten Tathandlung) hinsichtlich§ 107 TKG unbescholten, war geständig hinsichtlich der erfolgten Zusendung und hat den Adressdatensatz des Empfängers sofort gelöscht. Erschwernisgründe sind nicht aktenkundig.

13. XXXX .

2. Beweiswürdigung:

1. Zur Feststellung des für die Entscheidung maßgebenden Sachverhaltes wurde im Rahmen des Ermittlungsverfahrens Beweis erhoben mittels Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde und jenen des Bundesverwaltungsgerichts – insbesondere in das angefochtene Straferkenntnis, die dagegen erhobene Beschwerde, die hg Niederschrift aus dem „Parallelverfahren“ zur GZ XXXX , und alle vorgelegten Beweismittel, sowie eine mündliche Beschwerdeverhandlung in Anwesenheit des Beschwerdeführers und der belangten Behörde abgeführt.

Der geladene und erschienene Zeuge (Empfänger der inkriminierten E-Mail) wurde nach dementsprechendem Verzicht beider Parteien nicht (mehr) einvernommen, weil sich dessen Angaben bereits aus der Niederschrift aus dem zitierten „Parallelverfahren“ ergeben.

Im Detail ist weiters zu beweiswürdigen:

2. Die firmenbuchrechtlichen Feststellungen beruhen auf den diesbezüglichen unzweifelhaften hiergerichtlichen (historischen) Abfragen des Firmenbuches und decken sich diese mit den Ausführungen des Rechtsmittelwerbers in der hiergerichtlichen Beschwerdeverhandlung.

3. Die Feststellung zur Gewerbeberechtigung des Rechtsmittelwerbers beruht auf dem entsprechenden gewerberechtlichen Auszug des Behördenaktes, welcher ohne Bedenken übernommen werden konnte, zumal dieser Sachstand vom Beschwerdeführer nicht in Zweifel gezogen wurde.

4. Die Feststellungen zum Empfänger der inkriminierten E-Mail, insbesondere zu seiner Projektassistenz bei der zitierten XXXX , erschließt sich zweifelsfrei aus der hiergerichtlichen Niederschrift aus dem zitierten Parallelverfahren, welche im Einverständnis mit beiden Parteien auch in dieses Beschwerdeverfahren als Beweismittel eingeführt wurde und den dortigen Angaben des Empfängers. Der genaue Wortlaut des eingepflegten Datensatzes ergibt sich aus der dortigen Niederschrift in Zusammenschau mit dem auch hiergerichtlich vorliegenden behördlichen Straferkenntnis vom XXXX , GZ XXXX , welches beiden Parteien ebenso vorliegt, und wurde vom Beschwerdeführer im Zuge seiner Rechtfertigung gegenüber der belangten Behörde vom XXXX gleichermaßen bestätigt. Insbesondere gab der Empfänger im Parallelverfahren niederschriftlich an, dass er die Eingabe seiner Daten auf Eigeninitiative vorgenommen habe. Damit deckend waren die glaubwürdigen Angaben des Rechtsmittelwerbers in der im vorliegenden Strafverfahren durchgeführten Beschwerdeverhandlung hinsichtlich der eigenen Unkenntnis dieser Dateneingabe und nochmaligen nachvollziehbaren Angabe, dass der Beschwerdeführer nicht in das Kundenprofil der betroffenen Unternehmen und ausgesandten Newsletter passe und es somit kein Interesse an der Zustellung des Newsletters an den Empfänger gab.

5. Dass der Beschwerdeführer den Datensatz des Rechtsmittelwerbers unmittelbar nach Kenntnis der behördlichen Strafverfahren löschen ließ, ergibt sich bereits aus dem angefochtenen Straferkenntnis, und konnte mangels dementsprechender Sachverhaltsrüge auch diesen Feststellungen unbedenklich zugrunde gelegt werden.

6. Dass es die beiden angeführten Geschäftsbereiche früher unter dem „Dach“ einer einzigen XXXX gab, und diese beiden Bereiche später auf die genannten Firmen aufgeteilt wurden, deckt sich mit den Firmenbuchabfragen, dem vorliegenden Akteninhalt als auch mit den diesbezüglichen übereinstimmenden Angaben des Rechtsmittelwerbers in der Beschwerdeverhandlung.

7. Die Feststellung, das zitierte eingetragene Einzelunternehmen verfüge weder über Mitarbeiter, eigene Büros für Mitarbeiter noch eine eigene IT-Infrastruktur, sondern beziehe dies alles gegen Entgelt von der „ XXXX “ wurde in der Verhandlung durch Vorlage dementsprechender Rechnungen schlüssig belegt. Damit übereinstimmend ist (naturgemäß) auch, dass es sich bei der Anschrift des eingetragenen Einzelunternehmens um die XXXX des Beschwerdeführers handelt, und es nicht der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht, dass an dieser Mitarbeiter Büroräumlichkeiten nutzen und IT-Server stehen. Aus der Aktenlage ergibt sich auch, dass die „ XXXX “ als Adresse grundsätzlich die („entgeltlich mitbenutzten“) Büroräumlichkeiten der „ XXXX “ und somit die Adresse „ XXXX angibt, außer bei gesetzlichen Verpflichtungen wie im Impressum der Homepage XXXX .

8. Die Feststellungen zu den beiden Geschäftsbereichen und dem Umstand, dass die erstmalige Inhaberin der Domain XXXX “ die „ XXXX “ war, erschließt sich aus der dargestellten firmenbuchrechtlichen Historie, die damit sich deckenden schlüssigen Angaben des Beschwerdeführers, der übereinstimmenden Aktenlage sowie bereits daraus, dass die Abkürzung der Domain „ XXXX “ für „ XXXX “ steht. Gegen die Annahme, dass die Domain „ XXXX “ über die XXXX “ betrieben wird, wandte sich keine der Parteien in der Verhandlung.

9. Die Abmeldungsemails sind aktenkundig und auch jeweils mit einer Uhrzeit der Übersendung versehen.

10. Der Inhalt der inkriminierten E-Mail ist aktenkundig, auch hat der Beschwerdeführer in der Verhandlung außer Streit gestellt, dass diese von der genannten E-Mail-Adresse XXXX ausgesandt wurde.

11. Die von der belangte Behörde am XXXX durchgeführte Abfrage der Domain XXXX über www.nic.at bzw WHOIS ist aktenkundig und wurde hiergerichtlich mit demselben Ergebnis am XXXX wiederholt.

12. Die Feststellungen zur Rechtfertigung (einbringende E-Mail-Adresse als auch elektronische Signatur) sind aktenkundig (vgl AS 29 des Behördenaktes).

13. Die festgestellten (abgefragten) Inhalte des Impressums der Homepage XXXX sind aktenkundig (vgl AS 10 und 20 des Behördenaktes).

14. Wie festgestellt verfügt die „ XXXX über keine eigenen Mitarbeiter, keine eigenen Büroräumlichkeiten für diese Mitarbeiter und insbesondere über keine eigene IT-Infrastruktur, sondern wird ihr dies alles, insbesondere auch die IT-Infrastruktur, wie vom Beschwerdeführer in der Beschwerdeverhandlung vorgebracht und mit Rechnungen belegt, von der „ XXXX “ entgeltlich zur Verfügung gestellt. Vor diesem Hintergrund kann es dahinstehen, ob die Domain „ XXXX “ nach der firmenrechtlichen dargestellten Änderung im Jahr XXXX direkt an die „ XXXX als neue Domaininhaberin von der früheren „ XXXX “ übertragen wurde, oder aber im Zuge der Rechtsnachfolge auf die „ XXXX “ als neue Domaininhaberin überging, welche die Benutzung dieser Domain der „ XXXX .“ sodann im Wege der entgeltlichen Überlassung der benötigten IT-Infrastruktur einräumt.

Jedenfalls ist aktenkundig und ohne jedweden Zweifel klar, dass die Domain „ XXXX “ schlussendlich in der Außenwirkung von der „ XXXX .“ benutzt und dieser - und somit auch die E-Mail-Adresse XXXX - zuzurechnen ist. Dies ergibt sich schon daraus, dass nach der erfolgten firmenrechtlichen Trennung im Jahr XXXX nun im Impressum der Homepage XXXX in Wahrnehmung der Offenlegungspflicht nach § 5 E-Commerce-Gesetz und § 25 Mediengesetz die „ XXXX “ - und eben nicht die „ XXXX “ - offiziell ausgewiesen wird, wohingegen an dieser Stelle im Jahr XXXX noch die „ XXXX “ genannt wurde. Auch wird im Impressum die E-Mail-Adresse XXXX angeführt.

Hinzutritt, dass der Beschwerdeführer, wie dargestellt, seine Rechtfertigung im behördlichen Strafverfahren von der E-Mail-Adresse „ XXXX aussandte und diese an ihrem Ende elektronisch zeichnete wie folgt:

„elektronisch gezeichnet

XXXX

XXXX “

Aus beidem (Impressum, elektronische Signatur des Beschwerdeführers) folgt ohne jedweden

Zweifel, dass die XXXX . schlussendlich über die Domain XXXX verfügt und ihr diese zuzurechnen ist. Damit übereinstimmend ging die inkriminierte E-Mail, wie festgestellt, von der E-Mail-Adresse XXXX und wies diese in ihrem Inhalt am Ende ebenso die E-Mail-Adresse XXXX aus.

Bei diesem Ergebnis und vor dem Hintergrund der dargestellten entgeltlichen Überlassung der gesamten IT-Infrastruktur geht das Beschwerdevorbringen, wonach sämtliche elektronische Post unter der Domain XXXX von der „ XXXX " und unter Verwendung deren IT-Infrastruktur und deren IP-Adresse XXXX versandt wurden, ins Leere, und ändert an der schlussendlichen Zurechnung an die XXXX nichts (zumal damit noch gar keine Aussage zur Frage einer dynamischen oder statischen IP-Adresse getroffen wäre).

Mit dem obigen Ergebnis stimmt auch die behördlich erfolgte Abfrage der Datenbank WHOIS, die vom Bundesverwaltungsgericht mit demselben Ergebnis wiederholt wurde, überein und bestreitet der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung im Übrigen den Inhalt dieser erfolgten Abfrage nicht. Soweit der Beschwerdeführer allerdings vorbringt, im Zuge der firmenrechtlichen Änderungen im Jahr XXXX habe einer seiner Mitarbeiterinnen ohne sein Wissen die Eintragung in der Datenbank WHOIS geändert, allerdings aus seiner Sicht falsch, weil sie eben nicht die XXXX sondern die „ XXXX " richtigerweise einzutragen gehabt hätte (stimmen würde lediglich die dort eingetragene Adresse (weiterhin), nämlich jene der „ XXXX "), ist ihm entgegenzuhalten, zum einen, dass diese Daten ohnedies nur Indizwirkung, wie auch die belangte Behörde in der Verhandlung zugibt, haben; er sich zum anderen die in der Außenwirkung gesetzten Handlungen seiner Mitarbeiter auch zurechnen lassen muss, sowie ferner, dass das Bundesverwaltungsgericht davon ausgeht, dass es sich bei diesem Vorbringen um eine reine Schutzbehauptung handelt, weil, wie gezeigt, das Impressum der Homepage XXXX sowohl nach dem E-Commerce Gesetz als auch medienrechtlich die XXXX . offenlegt, und der Beschwerdeführer selbst von seiner E-Mail-Adresse „ XXXX elektronisch mit XXXX zeichnet.

Soweit in der angesprochenen Datenbank die frühere und nun weitere Adresse XXXX , XXXX , angeführt ist, ist dies keineswegs ein Beleg dafür, dass nur der nach dem Vorbringen des Beschwerdeführers falsche Firmenname eingetragen wurde, sondern ist wie festgestellt, vielfach aktenkundig, dass die XXXX zumeist die gegen Entgelt mitbenutzten Büroräumlichkeiten der „ XXXX " als Anschrift anführt, so auch in der elektronischen Signatur oder aber, wie hier, eben in der Datenbank WHOIS. Im Übrigen, selbst wenn die Eintragung anders intendiert gewesen wäre, hat diese eben nur Indizwirkung, und ändert nichts an der Zurechenbarkeit in der Außenwirkung, insbesondere aufgrund des dargestellten Impressum und der elektronischen Signatur des Beschwerdeführers als Inhaber der XXXX

15. Soweit beweiswürdigend festgehalten wurde, dass die Änderung der Eintragung in der Datenbank WHOIS durch eine Mitarbeiterin des Beschwerdeführers erfolgte, wurde dem diesbezüglichen Begehren des Rechtsmittelwerbers bereits entsprochen und war daher sein Beweisantrag, dass diese Eintragung durch eine seine Mitarbeiterin erfolgte, abzuweisen.

Da das Bundesverwaltungsgericht ebenfalls davon ausgeht, dass grundsätzlich die „ XXXX " die Rechtsnachfolgerin der früheren „ XXXX " ist, war dem diesbezüglichen Beweisantrag ebenfalls nicht mehr näherzutreten.

Ebenso war der Beweisantrag, dass es keinen Kaufvertrag zwischen der „ XXXX " und der „ XXXX " [gemeint wohl: XXXX abzuweisen, weil der Beschwerdeführer in der Beschwerdeverhandlung bereits vor dem Stellen dieses Beweisantrages mehrfach zu verstehen gab, wenngleich dies nicht jedes Mal in das Verhandlungsprotokoll einfloss, er wüsste nicht, wie er belegen könnte, dass es einen solchen Kaufvertrag nicht gab; zum anderen, weil es vor dem Hintergrund der obigen Erwägungen dahinstehen kann, wer von den beiden genannten Firmen nun die neue Domaininhaberin im Lichte der entgeltlichen Überlassung der IT-Infrastruktur ist; zumal das Bundesverwaltungsgericht davon ausgeht, dass dieser Beweisantrag im Lichte der Verjährungsfristen lediglich zur Verfahrensverzögerung gestellt wurde, gab der Beschwerdeführer doch selbst zu, dass er nicht wisse, wie er belegen solle, dass es keinen Kaufvertrag gibt.

16. Die getroffenen Feststellungen zum Kontrollsystem konnten aus dem Beweismittel der niederschriftlichen Einvernahme des Beschwerdeführers im besagten Parallelverfahren gewonnen werden, zumal diese Angaben im Lichte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung insoweit ohne Relevanz sind, als bei einem funktionierenden Kontrollsystem die inkriminierte E-Mail nicht versandt worden wäre.

17. Die festgestellten Milderungs- und Erschwernisgründe sind aktenkundig und decken sich mit jenen des angefochtenen Straferkenntnisses.

18. Die Feststellungen zu den Familien-, Vermögens- und Einkommensverhältnissen des Beschwerdeführers beruhen auf dessen getätigten Angaben im Zuge des Verfahrenshilfeantrages und in der mündlichen Verhandlung.

3. Rechtliche Beurteilung:

1. Die Beschwerde wurde rechtzeitig erhoben und ist zulässig.

2. Nach rechtlicher Manuduktion durch das Gericht hält der Rechtsmittelwerber sein Beschwerdevorbringen zum Doppelbestrafungsverbot nicht aufrecht, weil es im zitierten Parallelverfahren um zwei andere E-Mails aus einem anderen Jahr, somit um zwei andere verwaltungsstrafrechtliche Tathandlungen ging.

3.1. Zu Spruchpunkt A) Beschwerde:

a) Rechtsnormen (unter Bedachtnahme auf § 1 Abs 2 VStG)

3. Die vorliegend relevanten Regelungen des § 107 Abs 2, 3 und 5 TKG,BGBl I Nr 70/2003 idF BGBl I Nr 102/2011, sowie § 109 Abs 3 Z 20 TKG, BGBl I Nr 70/2003 idF BGBl I Nr 27/2018, lauten auszugsweise wortwörtlich:
„Unerbetene Nachrichten

§ 107. (1) (...)

(1a) Bei Telefonanrufen (...).

(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.

(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 verstoßen 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, (...).“

„Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 109. [...]

(3) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu 37 000 Euro zu bestrafen, wer

[...]

20. entgegen § 107 Abs. 2 oder 5 elektronische Post zusendet;

[...]"

4. § 107 TKG 2003 setzt Art 13 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments 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."

5. § 5 VStG idF BGBl Nr 57/2018 lautet wortwörtlich:

„(1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

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

(2) Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, entschuldigt nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.“

6. § 19 VStG idF BGBl I Nr 33/2013 lautet wortwörtlich:

„§ 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.“

7. § 45 Abs 1 VStG idF BGBl I Nr 33/2013 lautet wortwörtlich:

„§ 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."

8. § 21 VStG idF BGBl I Nr 33/2013 trug folgenden Wortlaut:

„Absehen von der Strafe

§ 21. (1) Die Behörde kann ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den Beschuldigten von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten. (1a) Die Behörde kann von der Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens absehen, wenn die Verfolgung aussichtslos erscheint oder der hiefür erforderliche Aufwand in einem Missverhältnis zum Grad und zur Bedeutung der in der Verwaltungsübertretung liegenden Verletzung öffentlicher Interessen steht. (1b) Unter den in Abs. 1 genannten Voraussetzungen können die Verwaltungsbehörden von der Erstattung einer Anzeige absehen. (2) Unter den in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen können die Organe der öffentlichen Aufsicht von der Verhängung einer Organstrafverfügung oder von der Erstattung einer Anzeige absehen; sie können den Täter in solchen Fällen in geeigneter Weise auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens aufmerksam machen."

b) Objektiver Tatbestand

9.1. Der Beschwerdeführer war zum genannten Tatzeitpunkt Inhaber der XXXX und verfügte über die dargestellte Gewerbeberechtigung. Zudem ist unstrittig, dass die inkriminierte E-Mail von der E-Mail-Adresse XXXX an die E-Mail-Adresse des Empfängers zum festgestellten Tatzeitpunkt versandt wurde. Wie beweiswürdigend festgestellt, ist die E-Mail-Adresse XXXX auch der XXXX zuzurechnen.

9.2. Der dargestellte Inhalt der inkriminierten E-Mail stellte Informationen zur Verfügung und sind im Lichte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung Informationen in Form eines Newsletters mit Direktwerbung gleichzusetzen; hiezu ist auszuführen wie folgt: In den Gesetzesmaterialien bei Erlassung des TKG 2003 (ErlRV 128 BlgNR 22. GP 20) wurde zum Begriff der Direktwerbung in § 107 Abs 2 TKG 2003 festgehalten, dass dieser "im Sinne dieser Bestimmung [...] im Lichte der Erfahrungen und Bedürfnisse der Praxis zu sehen und daher weit zu interpretieren [ist]. Er erfasst jeden Inhalt, der für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee einschließlich bestimmter politischer Anliegen wirbt oder dafür Argumente liefert." An diese Ausführungen anschließend haben der Oberste Gerichtshof und – ihm folgend – der Verwaltungsgerichtshof dargelegt, dass der Begriff der Direktwerbung weit auszulegen sei und darunter auch "jede Maßnahme [fällt], 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 die Gestaltung als Newsletter oder Informationsmail die Qualifikation als Werbung nicht [...]" (vgl OGH 30.09.2009, 7 Ob 168/09w mwH, VwGH 19.12.2013, Zl 2011/03/0198).

Die Beschwerde wendet sich nicht per se gegen die Einordnung der verfahrensgegenständlichen E-Mail als Direktwerbung und sieht das Bundesverwaltungsgericht im Lichte der zuvor zitierten Rechtsprechung keinen Anlass, von der behördlichen Bewertung als elektronischer Post „zu Zwecken der Direktwerbung" abzuweichen.

9.3. Auch hatte Empfänger niemals der XXXX – direkt - eine Einwilligung zum Empfang von elektronischer Post zum Zwecke der Direktwerbung eingeräumt. Soweit sich der Empfänger selbst zu Testzwecken zur Überprüfung der

Formatierung der Newsletter im Rahmen einer Projektassistenz in die Datenbank der „ XXXX " einpflegte, ohne zu dieser eine Geschäftsbeziehung zu pflegen oder in den Kundenadressatenkreis derselben zu fallen, kann darin keine damalige Einwilligung zum Empfang von elektronischer Post zum Zwecke der Direktwerbung gesehen werden. Doch selbst wenn man dies so sehe, wäre diese Einwilligung spätestens mit den drei festgestellten aktenkundigen erfolgten Abmeldungen vom Newsletter widerrufen worden, sodass keine Einwilligung mehr vorgelegen wäre, die an die XXXX übertragen hätte werden können, zumal auf dem Boden der höchstgerichtlichen Rechtsprechung eine solche Transformation einer gegenüber einer anderen Firma erfolgten Einwilligung nicht wirksam wäre. Zusammenfassend verfügte die XXXX im Tatzeitpunkt über keine Einwilligung des Empfängers zum Empfang einer elektronischen Post zum Zwecke der Direktwerbung.

9.4. Der objektive Tatbestand des § 107 Abs 2 Z 1 TKG 2003 ist somit erfüllt.

c) Subjektiver Tatbestand

Hinsichtlich der subjektiven Tatseite ist Folgendes auszuführen:

10.1. Bei der im Beschwerdefall vorgeworfenen Verwaltungsübertretung des § 107 Abs 2 Z 1 TKG 2003 handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört. 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 (vgl ua VwGH vom 13.12.1990, 90/09/0141; 12.03.1990, 90/09/0066).

Es ist bei einem Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs 1 VStG daher am Beschwerdeführer gelegen, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (vgl zu § 107 Abs 2 Z 1 TKG 2003; VwGH 24.05.2012, 2010/03/0056). Zu einer solchen Glaubhaftmachung ist es erforderlich, dass der Beschuldigte initiativ, von sich aus in substantiierter Form alles darlegt, was für seine Entlastung spricht (vgl VwGH 19.01.1994, 93/03/0220; 14.10.1976, 1497/75; 20.05.1968, 0187/67), wozu ua die Darlegung gehört, dass er Maßnahmen getroffen habe, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschrift mit gutem Grund erwarten lassen. Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (vgl VwGH 25.07.2013, 2012/07/0079).

Es wäre daher an der beschwerdeführenden Partei gelegen, alles zu ihrer Entlastung Dienende vorzubringen, zB durch Darlegung eines Kontrollsystems 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 28.03.2014, 2014/02/0004; 24.05.2012, 2010/03/0056).

In diesem Zusammenhang hat der Verwaltungsgerichtshof in Bekräftigung seiner ständigen Rechtsprechung ausgeführt, der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche einer juristischen Person könne sich bei Übertretung des § 107 TKG 2003 nur exkulpieren, indem er die Einrichtung eines wirksamen (!) Kontrollsystems darlege (VwGH 26.04.2016, Ra 2016/03/0044, mHa E vom 19.12.2013, 2011/03/0198, mwN).

10.2. Der Versuch der Widerlegung der Vermutung eines Verschuldens durch Darlegung eines (wirksamen) Kontrollsystems wurde von dem Beschwerdeführer im gegenständlichen Fall nicht einmal unternommen. Zumal dieses - sofern ein solches im Lichte der niederschriftlichen Einvernahme im Parallelverfahren überhaupt vorhanden war, weil es in diesem zugegebenermaßen keine zusätzliche „Kontrollschleife" gibt - jedenfalls nicht wirksam gewesen wäre, wurde die inkriminierte E-Mail doch ohne Einwilligung versandt, worauf es letztlich ankommt.

10.3. Der Beschwerdeführer hat somit die gesetzliche Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) nicht widerlegt. Vielmehr wurde der zu Versuchszwecken angelegte Datensatz nicht detektiert.

10.4. Der subjektive Tatbestand ist gleichermaßen erfüllt.

d) Einstellung des Verfahrens / Ermahnung

11. Die dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Tat ist erwiesen, bildet eine Verwaltungsübertretung und wurde von jenem begangen. Die Strafverfolgung ist auch möglich und verursacht keinen unangemessenen Aufwand. Der Beschwerdeführer moniert weder Strafaufhebungs- und Strafausschlussgründe noch Verfolgungshindernisse, und sind solche für das Bundesverwaltungsgericht nicht erkennbar. Damit sind die Voraussetzungen des § 45 Abs 1 VStG (iVm § 38 VwGVG) nicht erfüllt.

12. Zum § 45 Abs 1 Z 4 VStG ist zu erwägen:

12.1. Gemäß § 66b Abs 19 Z 3 VStG, BGBl Nr 52/1991 idF BGBl I Nr 33/2013, trat § 45 Abs 1 VStG idF des Bundesgesetzes BGBl I Nr 33/2013 mit 01.07.2013 in Kraft; gleichzeitig trat § 21 VStG samt Überschrift außer Kraft.

Gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl VwGH 30.01.2015, Ra 2014/02/0079) steht der Übertragung der zu dem in § 21 Abs 1 VStG (idF vor der Novelle BGBl I Nr 33/2013) enthaltenen Terminus des „geringfügigen Verschuldens" ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auf den in der Fassung des § 21 Abs 1 VStG nach der Novelle BGBl I Nr 33/2013 (in der Form des § 45 Abs 1 Z 4 VStG) enthaltenen gleichlautenden Terminus nichts entgegen.

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 ua 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 [(1) geringe Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und geringe Intensität seiner Beeinträchtigung sowie (2) 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).

12.2. 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 inkriminierte Verwaltungsübertretung von der Mehrzahl der bestraften Übertretungen der verfahrensgegenständlichen Bestimmung des § 107 Abs 2 Z 1 TKG 2003 wesentlich unterschiede, folglich von einem in atypischer Weise hinter dem Durchschnittsfall zurückbleibenden tatbildmäßigen Verhalten auszugehen und daher das Vorliegen eines „geringfügigen Verschuldens" zu bejahen wäre, ist dessen Vorliegen aus folgendem Grund bereits zu verneinen:

Der Beschwerdeführer konnte die Existenz eines (wirksamen) Kontrollsystems in Bezug auf die Überprüfung des Vorliegens entsprechender Einwilligungen nicht nachweisen, weshalb schon deswegen nicht vom Vorliegen eines geringfügigen Verschuldens auszugehen ist.

Denn 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 Kontrollsystem 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, Zl. 91/19/0225, vom 12. Juni 1992, Zl. 90/19/0499, und vom 22. Oktober 1992, Zl. 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."

12.3. Zudem entschied der Verwaltungsgerichtshof (vgl VwGH 19.10.1993, 93/04/0176) hinsichtlich der verpflichtenden Informationseinholung bei der Aufnahme einer Tätigkeit über die auf diesem Gebiet erlassenen gesetzlichen Vorschriften Folgendes:

„Die von der Beschwerdeführerin in der Beschwerde angeführten Gründe können die Anwendung des § 21 Abs. 1 VStG nicht rechtfertigen. Unabhängig davon, daß in der Beschwerde nicht konkret dargelegt wird, warum von Angestellten der entscheidungsgegenständliche Lehrvertrag unrichtig abgefaßt worden wäre, war die Beschwerdeführerin bei Übertragung einzelner Angelegenheiten zur selbstverantwortlichen Besorgung durch andere Personen (hier: Aufnahme des Lehrverhältnisses durch Angestellte mit dem Lehrling) verpflichtet, im Zuge dieser Maßnahme alles zu

unternehmen, um die damit verbundene Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu gewährleisten. Die Beschwerdeführerin als Lehrberechtigte im Sinne des BAG war auch verpflichtet, sich über die auf dem Gebiet ihrer Tätigkeit erlassenen Vorschriften zu informieren. Unkenntnis dieser Vorschriften vermag vor einer Bestrafung nicht zu schützen. Sie führt auch nicht dazu, daß das Verschulden des Täters geringfügig ist und daher § 21 Abs. 1 VStG anzuwenden wäre (vgl. sinngemäß das hg. Erkenntnis vom 17. Februar 1992, Zl. 91/10/0012). In der Nichtannahme der Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 VStG durch die belangte Behörde kann daher vom Verwaltungsgerichtshof eine Rechtswidrigkeit nicht erblickt werden, zumal durch die Bestimmungen über die Eintragung des Lehrvertrages die Lehrlingsstelle in die Lage versetzt werden soll, die Ausbildung von Lehrlingen entsprechend überwachen zu können (vgl. das hg. Erkenntnis vom 9. April 1975, Slg. N.F. Nr. 8.803/A).“

Folglich wäre der Beschwerdeführer vor dem Versand von E-Mail-Nachrichten „zu Werbezwecken“, so wie auch bei der verfahrensgegenständlichen E-Mail-Nachricht, verpflichtet gewesen, sich über die in seinem Tätigkeitsgebiet erlassenen Vorschriften zu informieren, und ist deswegen gleichermaßen nicht von einem geringfügigen Verschulden auszugehen.

Auf diese Art und Weise wäre nämlich für den Beschwerdeführer erkennbar gewesen, dass es einer vorherigen Einwilligung der Empfänger bedurft hätte.

12.4. Schließlich kann im Beschwerdefall nicht davon gesprochen werden kann, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung geringfügig gewesen wären. So belegen unerwünschte E-Mails zwangsläufig den E-Mail-„Inbox-Speicher“ und beeinträchtigen insbesondere die Privatsphäre des Empfängers, konkret insbesondere das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens und das Recht auf Achtung der Kommunikation.

12.5. Die Anwendung des § 45 Abs 1 Z 4 VStG scheidet daher jedenfalls und damit ein Einstellen des Strafverfahrens aus.

12.6. Aufgrund des Nichtvorliegens eines geringfügigen Verschuldens, der mangelnden Geringfügigkeit des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung, kommt auch der Ausspruch einer Ermahnung im Sinne des § 45 Abs 1 VStG nicht in Betracht.

e) Strafbemessung

In Bezug auf die Strafbemessung ist Folgendes zu erwägen:

13.1 Zum Vorliegen der objektiven Kriterien der Strafbemessung nach § 19 Abs 1 VStG wird auf die zuvor getroffenen Erwägungen zum § 45 Abs 1 Z 4 VStG verwiesen.

13.2. 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, dh 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).

13.2.1. 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 Verwaltungsstrafrechts 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 zB 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 ua 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).“

Die belangte Behörde hat im Beschwerdefall zutreffend als Milderungsgrund die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Beschwerdeführers, seine geständige Rechtfertigung betreffend die Zusendung und die gesetzte Maßnahme zur Löschung der E-Mail-Empfangsadresse sowie keinen Erschwerungsgrund berücksichtigt.

13.2.2. Hinweise, dass von der belangten Behörde bei der Strafzumessung auf das Ausmaß des Verschuldens nicht ausreichend Bedacht genommen worden sei, sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

13.2.3. Da die die belangte Behörde in ihrer Beurteilung die Einkommens- und Vermögensverhältnisse als durchschnittlich bewertete, diese jedoch auf Grund der getroffenen Feststellungen nicht mehr als durchschnittlich zu bewerten sind, wäre nach Überzeugung des Bundesverwaltungsgerichtes jedenfalls eine Erhöhung der Strafhöhe indiziert, wogegen allerdings das Verbot der reformatio in peius spricht.

13.3. Abseits der Einkommens- und Vermögensverhältnisse wäre der von der belangten Behörde auch bei einem allfällig vorliegenden geringfügigen Verschulden (wovon das Bundesverwaltungsgericht in Übereinstimmung mit der belangten Behörde nicht ausgeht) der beschwerdeführenden Partei lediglich mit einem zu 0,81 % ausgeschöpften (bis zu € 37.000,- reichenden) Strafrahmens iSd § 109 Abs 3 Z 20 TKG 2003 mehr als ausreichend Rücksicht genommen.

13.4. Die verhängte Geldstrafe in Höhe von € XXXX ,- ist im vorliegenden Fall somit grundsätzlich tat- und schuldangemessen und hinsichtlich der nun hervorgekommenen nicht mehr als durchschnittlich zu bewertenden Einkommens- und Vermögensverhältnisse dennoch nicht zu erhöhen.

f) Ergebnis

14. Die Beschwerde war somit gemäß § 50 VwGVG iVm § 107 Abs 2 Z 1 TKG 2003 idF BGBl I Nr 102/2011 sowie § 109 Abs 3 Z 20 TKG 2003 idF BGBl I Nr 27/2018 als unbegründet abzuweisen.

g) Kosten

15. Die Entscheidung über den Beitrag zu den Kosten dieses Strafverfahrens gründet sich auf § 52 Abs 1, 2 und 6 VwGVG.

3.2. Zu Spruchpunkt B) Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) hat das

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at