

# TE Bvwg Erkenntnis 2022/2/24 W194 2242562-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.02.2022

## Entscheidungsdatum

24.02.2022

## Norm

B-VG Art133 Abs4

TKG 2003 §107 Abs2

TKG 2003 §109 Abs3 Z20

TKG 2003 §113 Abs5a

TKG 2021 §188

TKG 2021 §212

VStG 1950 §1 Abs1

VStG 1950 §1 Abs2

VStG 1950 §19 Abs1

VStG 1950 §19 Abs2

VStG 1950 §22

VStG 1950 §45

VStG 1950 §5 Abs1

VStG 1950 §5 Abs1a

VStG 1950 §5 Abs2

VStG 1950 §64

VStG 1950 §9 Abs1

VStG 1950 §9 Abs7

VwGVG §31 Abs1

VwGVG §38

VwGVG §44 Abs1

VwGVG §50 Abs1

VwGVG §52 Abs1

VwGVG §52 Abs2

VwGVG §52 Abs6

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
  6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
  7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
  8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
  9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
  10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
  11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
- 
1. TKG 2003 § 107 gültig von 01.12.2018 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
  2. TKG 2003 § 107 gültig von 22.11.2011 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
  3. TKG 2003 § 107 gültig von 29.04.2011 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 23/2011
  4. TKG 2003 § 107 gültig von 01.03.2006 bis 28.04.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2005
  5. TKG 2003 § 107 gültig von 20.08.2003 bis 28.02.2006
- 
1. TKG 2003 § 109 gültig von 01.01.2021 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
  2. TKG 2003 § 109 gültig von 22.03.2020 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 16/2020
  3. TKG 2003 § 109 gültig von 01.01.2020 bis 15.03.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
  4. TKG 2003 § 109 gültig von 01.01.2019 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
  5. TKG 2003 § 109 gültig von 01.01.2019 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 29/2018
  6. TKG 2003 § 109 gültig von 01.12.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
  7. TKG 2003 § 109 gültig von 01.06.2018 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 27/2018
  8. TKG 2003 § 109 gültig von 27.11.2015 bis 31.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 134/2015
  9. TKG 2003 § 109 gültig von 01.07.2014 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 44/2014
  10. TKG 2003 § 109 gültig von 22.11.2011 bis 30.06.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
  11. TKG 2003 § 109 gültig von 19.05.2011 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 27/2011
  12. TKG 2003 § 109 gültig von 29.04.2011 bis 18.05.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 23/2011
  13. TKG 2003 § 109 gültig von 16.07.2009 bis 28.04.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
  14. TKG 2003 § 109 gültig von 01.03.2006 bis 15.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2005
  15. TKG 2003 § 109 gültig von 20.08.2003 bis 28.02.2006
- 
1. TKG 2003 § 113 gültig von 01.01.2020 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
  2. TKG 2003 § 113 gültig von 01.12.2018 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
  3. TKG 2003 § 113 gültig von 01.01.2014 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 96/2013
  4. TKG 2003 § 113 gültig von 22.11.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
  5. TKG 2003 § 113 gültig von 16.07.2009 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
  6. TKG 2003 § 113 gültig von 20.08.2003 bis 15.07.2009
- 
1. TKG 2021 § 188 heute
  2. TKG 2021 § 188 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2025
  3. TKG 2021 § 188 gültig von 01.11.2021 bis 30.09.2026
- 
1. TKG 2021 § 212 heute
  2. TKG 2021 § 212 gültig ab 06.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 75/2024
  3. TKG 2021 § 212 gültig von 01.11.2021 bis 05.07.2024
- 
1. VStG 1950 § 1 gültig von 01.09.1950 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
- 
1. VStG 1950 § 1 gültig von 01.09.1950 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
- 
1. VStG 1950 § 19 gültig von 01.03.1978 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
- 
1. VStG 1950 § 19 gültig von 01.03.1978 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
- 
1. VStG 1950 § 22 gültig von 01.09.1950 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
- 
1. VStG 1950 § 45 gültig von 01.07.1988 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
- 
2. VStG 1950 § 45 gültig von 01.09.1950 bis 30.06.1988
- 
1. VStG 1950 § 5 gültig von 01.07.1988 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

2. VStG 1950 § 5 gültig von 01.09.1950 bis 30.06.1988
1. VStG 1950 § 5 gültig von 01.07.1988 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
2. VStG 1950 § 5 gültig von 01.09.1950 bis 30.06.1988
1. VStG 1950 § 5 gültig von 01.07.1988 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
2. VStG 1950 § 5 gültig von 01.09.1950 bis 30.06.1988
1. VStG 1950 § 64 gültig von 01.01.1991 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
2. VStG 1950 § 64 gültig von 01.07.1988 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 516/1987
3. VStG 1950 § 64 gültig von 01.01.1965 bis 30.06.1988 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1964
1. VStG 1950 § 9 gültig von 01.04.1983 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
1. VStG 1950 § 9 gültig von 01.04.1983 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016
1. VwGVG § 38 heute
2. VwGVG § 38 gültig ab 01.01.2014
1. VwGVG § 44 heute
2. VwGVG § 44 gültig ab 01.01.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
3. VwGVG § 44 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016
1. VwGVG § 50 heute
2. VwGVG § 50 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 50 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 50 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016
1. VwGVG § 52 heute
2. VwGVG § 52 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 52 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2018
1. VwGVG § 52 heute
2. VwGVG § 52 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 52 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2018
1. VwGVG § 52 heute
2. VwGVG § 52 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 52 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2018

## Spruch

W194 2242478-1/4E, W194 2242478-1/4E

W194 2242562-1/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Dr. Daniela Sabetzer über die Beschwerde

1. der XXXX (GZ W194 2242478-1), 1. der römisch 40 (GZ W194 2242478-1),
2. der XXXX (GZ W194 2242562-1), 2. der römisch 40 (GZ W194 2242562-1),

beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Kraus, BSc, LTRA Rechtsanwälte in 1070 Wien, gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros vom 13.04.2021, GZ: BMVIT-631.540/0405-III/FBW/2019, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht:

A)

I. Die Beschwerde 1. der XXXX und 2. der XXXX wird gemäß § 107 Abs. 2 iVm § 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 78/2018 als unbegründet abgewiesen.römisch eins. Die Beschwerde 1. der römisch 40 und 2. der römisch 40 wird gemäß Paragraph 107, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 109, Absatz 3, Ziffer 20, TKG 2003 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 78 aus 2018, als unbegründet abgewiesen.

II. Gemäß § 52 Abs. 1, 2 und 6 VwGVG hat XXXX einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von 140 Euro binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu leisten.römisch zwei. Gemäß Paragraph 52, Absatz eins, 2 und 6 VwGVG hat römisch 40 einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von 140 Euro binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu leisten.

III. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 9 Abs. 7 VStG haftet die XXXX für die der XXXX unter Spruchpunkt II. auferlegten Kosten des Strafverfahrens im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand.römisch drei. Gemäß Paragraph 38, VwGVG in Verbindung mit Paragraph 9, Absatz 7, VStG haftet die römisch 40 für die der römisch 40 unter Spruchpunkt römisch zwei. auferlegten Kosten des Strafverfahrens im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

..

## Text

Entscheidungsgründe:, Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis vom 13.04.2021, GZ: BMVIT-631.540/0405-III/FBW/2019, zugestellt am 16.04.2021, sprach die belangte Behörde betreffend XXXX (nunmehr: Erstbeschwerdeführerin) Folgendes aus:1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis vom 13.04.2021, GZ: BMVIT-631.540/0405-III/FBW/2019, zugestellt am 16.04.2021, sprach die belangte Behörde betreffend römisch 40 (nunmehr: Erstbeschwerdeführerin) Folgendes aus:

„Sie waren zu den ua Zeitpunkten unbeschränkt haftende Gesellschafterin XXXX , somit deren außenvertretungsbefugtes Organ und gem § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Person und haben daher dafür einzustehen, dass von Ihrem Unternehmen aus unter Verwendung der Absenderadresse XXXX zwei E-Mails, somit elektronische Post, zu Zwecken der Direktwerbung für die Dienstleistungen Ihres Unternehmens (Vermittlung von XXXX im Rahmen der XXXX ) an die E-Mailadresse XXXX der XXXX gesendet wurden, ohne dass das Unternehmen oder dort beschäftigte Personen Ihnen oder Ihrem Unternehmen vorher eine Einwilligung zur Zusendung von Werbenachrichten erteilt haben und obwohl der Geschäftsführer des Unternehmens am 09.01.2019 per E-Mail an XXXX mitgeteilt hat, dass Zusendungen Ihres Unternehmens nicht zugestimmt wurde. Die Zusendungen erfolgten,„Sie waren zu den ua Zeitpunkten unbeschränkt haftende Gesellschafterin römisch 40 , somit deren außenvertretungsbefugtes Organ und gem Paragraph 9, Absatz eins, Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Person und haben daher dafür einzustehen, dass von Ihrem Unternehmen aus unter Verwendung der Absenderadresse römisch 40 zwei E-Mails, somit elektronische Post, zu Zwecken der Direktwerbung für die Dienstleistungen Ihres Unternehmens (Vermittlung von römisch 40 im Rahmen der römisch 40 ) an die E-Mailadresse römisch 40 der römisch 40 gesendet wurden, ohne dass das Unternehmen oder dort beschäftigte Personen Ihnen oder Ihrem Unternehmen vorher eine Einwilligung zur Zusendung von Werbenachrichten erteilt haben und obwohl der Geschäftsführer des Unternehmens am 09.01.2019 per E-Mail an römisch 40 mitgeteilt hat, dass Zusendungen Ihres Unternehmens nicht zugestimmt wurde. Die Zusendungen erfolgten

1. am 10.09.2019, 08:35 Uhr (empfangen 09:26 Uhr), Betreff: XXXX 1. am 10.09.2019, 08:35 Uhr (empfangen 09:26 Uhr), Betreff: römisch 40

2. am 07.11.2019, 09:00 Uhr (empfangen 09:52 Uhr), Betreff: XXXX 2. am 07.11.2019, 09:00 Uhr (empfangen 09:52 Uhr), Betreff: römisch 40

Sie haben dadurch folgende zu den Tatzeitpunkten geltende Rechtsvorschriften verletzt:

Zu 1. und 2.: jeweils § 107 Abs 2 TKG 2003, BGBl I 70/2003 idF BGBl I 78/2018 iVm § 9 Abs 1 VStG Zu 1. und 2.: jeweils Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003, Bundesgesetzblatt Teil eins, 70 aus 2003, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 78 aus 2018, in Verbindung mit Paragraph 9, Absatz eins, VStG

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von 350,-- Euro je E-Mail

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Stunden je E-Mail

Gemäß jeweils § 109 Abs 3 Z 20 TKG 2003 idF BGBl I 78/2018 Gemäß jeweils Paragraph 109, Absatz 3, Ziffer 20, TKG 2003 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 78 aus 2018,

Weitere Verfügungen (z.B. Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft, Haftungsausspruch etc.):

Die XXXX haftet gem § 9 Abs 7 VStG für die verhängten Strafen, die Verfahrenskosten und die sonstigen in Geld bemessenen Unrechtsfolgen zur ungeteilten Hand. Die römisch 40 haftet gem Paragraph 9, Absatz 7, VStG für die verhängten Strafen, die Verfahrenskosten und die sonstigen in Geld bemessenen Unrechtsfolgen zur ungeteilten Hand.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen. Ferner haben Sie gemäß Paragraph 64, des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen

Insgesamt 70,-- Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens (als Kosten sind vorzuschreiben 10 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch 10 Euro)

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 770,-- Euro.“

2. Mit Schreiben der belangten Behörde vom 13.04.2021 wurde das Straferkenntnis der XXXX (nunmehr: Zweitbeschwerdeführerin) unter Hinweis auf § 9 Abs. 7 VStG übermittelt (zugestellt am 16.04.2021). 2. Mit Schreiben der belangten Behörde vom 13.04.2021 wurde das Straferkenntnis der römisch 40 (nunmehr: Zweitbeschwerdeführerin) unter Hinweis auf Paragraph 9, Absatz 7, VStG übermittelt (zugestellt am 16.04.2021).

3. Mit Schreiben vom 10.05.2021 (Postaufgabe am 11.05.2021), bei der belangten Behörde am 14.05.2021 eingelangt, erhoben die Erstbeschwerdeführerin und die Zweitbeschwerdeführerin, vertreten durch ihren Rechtsanwalt, Beschwerde gegen das Straferkenntnis und stellten die Anträge, das Verwaltungsgericht möge

„1. eine mündliche Verhandlung durchführen und

2. in der Sache selbst erkennen und das angefochtene Straferkenntnis der Fernmeldebehörde, Republik Österreich, vom 13. April 2021, GZ BMVIT-631.540/0405-III/FBW/2019, aufheben und die Verwaltungsstrafsache einstellen

In eventu

3. das angefochtene Straferkenntnis aufheben und die Verwaltungsstrafsache zur Verfahrensergänzung an die Behörde zurückverweisen.“

4. Die belangte Behörde übermittelte dem Bundesverwaltungsgericht mit hg. am 17.05.2021 eingelangter Beschwerdevorlage den gegenständlichen Verwaltungsakt.

5. Am 14.01.2022 führte das Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der die Beschwerdeführer, deren Rechtsvertreter sowie ein Vertreter der belangten Behörde teilnahmen. In der Verhandlung wurde die Erstbeschwerdeführerin zum Sachverhalt befragt. Weiters wurden die in der Beschwerde aufgeworfenen Rechtsfragen mit den Parteien erörtert.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die belangte Behörde legte dem angefochtenen Straferkenntnis die folgenden Feststellungen zugrunde (vgl. die Seiten 3 bis 5 des Straferkenntnisses): 1.1. Die belangte Behörde legte dem angefochtenen Straferkenntnis die folgenden Feststellungen zugrunde (vergleiche die Seiten 3 bis 5 des Straferkenntnisses):

„Die E-Mailadresse XXXX ist der haftungsbeteiligten KG zuzuordnen. Ausgehend von dieser Adresse wurde die im

Spruch näher beschriebenen E-Mails zu den angeführten Zeitpunkten an die E-Mailadresse XXXX des anzeigenden Unternehmens XXXX versendet bzw von diesem empfangen, was im Rahmen der Rechtfertigung zugegeben wurde.„Die E-Mailadresse römisch 40 ist der haftungsbeteiligten KG zuzuordnen. Ausgehend von dieser Adresse wurde die im Spruch näher beschriebenen E-Mails zu den angeführten Zeitpunkten an die E-Mailadresse römisch 40 des anzeigenden Unternehmens römisch 40 versendet bzw von diesem empfangen, was im Rahmen der Rechtfertigung zugegeben wurde.

Inhalt der Nachricht war Werbung für die Dienstleistungen Ihres Unternehmens (Vermittlung von XXXX im Rahmen der XXXX ).Inhalt der Nachricht war Werbung für die Dienstleistungen Ihres Unternehmens (Vermittlung von römisch 40 im Rahmen der römisch 40 ).

Es wurden zwei Mal XXXX von Personen samt Informationen über XXXX an die XXXX übermittelt.Es wurden zwei Mal römisch 40 von Personen samt Informationen über römisch 40 an die römisch 40 übermittelt.

Die Zusendungen erfolgten am 10.09.2019, 08:35 Uhr und am 07.11.2019, 09:00 Uhr. Die Nachrichten wurden am 10.09.2019, 09:26 Uhr und am 07.11.2019, 09:52 Uhr empfangen.

Der Text der E-Mail vom 10.09.2019 lautete:

„Sehr geehrte Geschäftsleitung,

wir möchten Ihnen auf diesem Wege den XXXX von Herrn [XY] übermitteln, bzw. Sie darauf aufmerksam machen, dass Ihr Unternehmen XXXX Sein Wunsch ist es, XXXX .wir möchten Ihnen auf diesem Wege den römisch 40 von Herrn [XY] übermitteln, bzw. Sie darauf aufmerksam machen, dass Ihr Unternehmen römisch 40 Sein Wunsch ist es, römisch 40 .

Die XXXX dauert 24 Monate – monatliche Kosten für Ihr Unternehmen sind ca. XXXX .Die römisch 40 dauert 24 Monate – monatliche Kosten für Ihr Unternehmen sind ca. römisch 40 .

Herr [XY] bleibt XXXX Herr [XY] bleibt römisch 40

XXXX Für nähere Informationen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung. römisch 40 Für nähere Informationen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit herzlichen Grüßen‘

Der Text der E-Mail vom 07.11.2019 lautete:

„Sehr geehrte Geschäftsleitung,

wir möchten Ihnen auf diesem Wege den XXXX von Herrn [YZ] übermitteln, bzw. Sie darauf aufmerksam machen, dass Ihr XXXX Sein Wunsch ist es, XXXX .wir möchten Ihnen auf diesem Wege den römisch 40 von Herrn [YZ] übermitteln, bzw. Sie darauf aufmerksam machen, dass Ihr römisch 40 Sein Wunsch ist es, römisch 40 .

Die XXXX dauert 24 Monate – monatliche Kosten für Ihr Unternehmen sind ca. XXXX .Die römisch 40 dauert 24 Monate – monatliche Kosten für Ihr Unternehmen sind ca. römisch 40 .

Herr [YZ] bleibt XXXX Herr [YZ] bleibt römisch 40

XXXX römisch 40

Für nähere Informationen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit herzlichen Grüßen‘

Die haftungsbeteiligte XXXX hat sich darauf spezialisiert Betriebe bei der Abwicklung von XXXX zu unterstützen und wird in diesem Zusammenhang vom XXXX namentlich in der als Beilage ./1 vorgelegten Information zu XXXX als Dienstleister angeführt. Die haftungsbeteiligte KG hat in diesem Zusammenhang eine Kooperationsvereinbarung mit dem XXXX unterzeichnet.Die haftungsbeteiligte römisch 40 hat sich darauf spezialisiert Betriebe bei der Abwicklung von römisch 40 zu unterstützen und wird in diesem Zusammenhang vom römisch 40 namentlich in der als Beilage ./1 vorgelegten Information zu römisch 40 als Dienstleister angeführt. Die haftungsbeteiligte KG hat in diesem Zusammenhang eine Kooperationsvereinbarung mit dem römisch 40 unterzeichnet.

Die XXXX bietet Ihre Dienstleistungen in diesem Bereich zu von ihr aufgestellten Konditionen an, worauf ebenfalls in der Information zu XXXX hingewiesen wird. Die römisch 40 bietet Ihre Dienstleistungen in diesem Bereich zu von ihr aufgestellten Konditionen an, worauf ebenfalls in der Information zu römisch 40 hingewiesen wird.

Entsprechend der Qualitätserklärung für die Zusammenarbeit mit dem XXXX im Zusammenhang mit XXXX darf die XXXX für XXXX Kunden des XXXX keine entgeltlichen Dienstleistungen erbringen (Punkt 3. der Vereinbarung, Beilage ./2). Entsprechend der Qualitätserklärung für die Zusammenarbeit mit dem römisch 40 im Zusammenhang mit römisch 40 darf die römisch 40 für römisch 40 Kunden des römisch 40 keine entgeltlichen Dienstleistungen erbringen (Punkt 3. der Vereinbarung, Beilage ./2).

Für an XXXX teilnehmende Betriebe ( XXXX -Betriebe) können die Dienstleistungen von der XXXX entgeltlich angeboten werden, die XXXX ist aber in Kenntnis darüber, dass das XXXX auch ohne Einbindung eines Dienstleisters XXXX anbietet, was dann für XXXX -Betriebe mit keinen Kosten verbunden ist (Punkt 5. Beilage ./2). Für an römisch 40 teilnehmende Betriebe ( römisch 40 -Betriebe) können die Dienstleistungen von der römisch 40 entgeltlich angeboten werden, die römisch 40 ist aber in Kenntnis darüber, dass das römisch 40 auch ohne Einbindung eines Dienstleisters römisch 40 anbietet, was dann für römisch 40 -Betriebe mit keinen Kosten verbunden ist (Punkt 5. Beilage ./2).

Die angeschriebene GmbH ist ein potentieller XXXX -Betrieb. Die angeschriebene GmbH ist ein potentieller römisch 40 -Betrieb.

Das angeschriebene Unternehmen hat Ihnen bzw Ihrem Unternehmen keine Einwilligung zur Zusendung der beiden Nachrichten erteilt und der Geschäftsführer der XXXX , hat am 09.01.2019 per E-Mail an XXXX mitgeteilt, dass keine Einwilligung zu Zusendungen Ihres Unternehmens erteilt wurde. Diese E-mail hatte folgenden Text: Das angeschriebene Unternehmen hat Ihnen bzw Ihrem Unternehmen keine Einwilligung zur Zusendung der beiden Nachrichten erteilt und der Geschäftsführer der römisch 40 , hat am 09.01.2019 per E-Mail an römisch 40 mitgeteilt, dass keine Einwilligung zu Zusendungen Ihres Unternehmens erteilt wurde. Diese E-mail hatte folgenden Text:

,[...] – wir haben einer Zusendung weder zugestimmt noch gibt es einen Erwägungsgrund, gegen unseren Eintrag in der Sperrliste des ECG zu verstoßen.

[...]

Sie waren zu den Zeitpunkten der Zusendungen unbeschränkt haftende Gesellschafterin der XXXX . Sie waren zu den Zeitpunkten der Zusendungen unbeschränkt haftende Gesellschafterin der römisch 40 .“

1.2. Das Bundesverwaltungsgericht stellt weiters fest:

Die Erstbeschwerdeführerin ist seit Dezember 2012 unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Zweitbeschwerdeführerin. Der Unternehmensgegenstand der Zweitbeschwerdeführerin umfasst „Beratung und Betreuung“.

Die Erstbeschwerdeführerin ist XXXX und benennt ihr monatliches Bruttoeinkommen XXXX . Die Erstbeschwerdeführerin ist römisch 40 und benennt ihr monatliches Bruttoeinkommen römisch 40 .

Dem Informationsblatt „ XXXX “ des XXXX (Stand 11/2019), das die Erstbeschwerdeführerin in der Verhandlung vorlegte, ist zu entnehmen, dass das XXXX Unternehmen bei der XXXX unterstützt: „Unternehmen XXXX können durch XXXX in Abstimmung mit dem XXXX gezielt für ihren Bedarf XXXX “. Als Voraussetzungen werden ua. formuliert: „Der XXXX finanziert die Qualifizierungskosten. Das XXXX kümmert sich um die XXXX der TeilnehmerInnen.“ Weiters beinhaltet das Informationsblatt Folgendes: „Verschiedene Unternehmen haben sich darauf spezialisiert Betriebe bei der Abwicklung der Formalitäten für XXXX bzw. beim Finden geeigneter Personen für XXXX zu unterstützen. Folgende haben eine Kooperationsvereinbarung des XXXX unterzeichnet und unterstützen sie gerne“. Daran anschließend werden sieben dieser Unternehmen angeführt, ua. die Zweitbeschwerdeführerin. Abschließend wird im Informationsblatt angeführt: „Sollten Sie eines dieser Unternehmen beauftragen, entsteht dadurch kein Vertragsverhältnis zum XXXX . Anfallende Kosten werden vom XXXX übernommen. XXXX dürfen keinerlei Kosten entstehen. Bei Interesse und für Auskünfte zum jeweiligen Leistungsangebot und zu den Konditionen kontaktieren Sie bitte diese Unternehmen direkt.“ Dem Informationsblatt „ römisch 40 “ des römisch 40 (Stand 11 aus 2019.), das die Erstbeschwerdeführerin in der Verhandlung vorlegte, ist zu entnehmen, dass das römisch 40 Unternehmen bei der römisch 40 unterstützt: „Unternehmen römisch 40 können durch römisch 40 in Abstimmung mit dem römisch 40 gezielt für ihren Bedarf römisch 40 “. Als Voraussetzungen werden ua. formuliert: „Der römisch 40 finanziert die

Qualifizierungskosten. Das römisch 40 kümmert sich um die römisch 40 der TeilnehmerInnen.“ Weiters beinhaltet das Informationsblatt Folgendes: „Verschiedene Unternehmen haben sich darauf spezialisiert Betriebe bei der Abwicklung der Formalitäten für römisch 40 bzw. beim Finden geeigneter Personen für römisch 40 zu unterstützen. Folgende haben eine Kooperationsvereinbarung des römisch 40 unterzeichnet und unterstützen sie gerne“. Daran anschließend werden sieben dieser Unternehmen angeführt, ua. die Zweitbeschwerdeführerin. Abschließend wird im Informationsblatt angeführt: „Sollten Sie eines dieser Unternehmen beauftragen, entsteht dadurch kein Vertragsverhältnis zum römisch 40. Anfallende Kosten werden vom römisch 40 übernommen. römisch 40 dürfen keinerlei Kosten entstehen. Bei Interesse und für Auskünfte zum jeweiligen Leistungsangebot und zu den Konditionen kontaktieren Sie bitte diese Unternehmen direkt.“

Die Zweitbeschwerdeführerin, vertreten durch die Erstbeschwerdeführerin, unterzeichnete eine (ebenfalls in der Verhandlung vorgelegte) „Qualitätserklärung für die Zusammenarbeit mit dem XXXX“ (Stand April 2018). Darin erklärt die Zweitbeschwerdeführerin als Dienstleisterin des XXXX näher angeführte Qualitätsstandards einzuhalten und nach näher bezeichneten Regeln vorzugehen. Unter „A. Grundsätzliches“ ist ua. angeführt: „[...] 5. Der Dienstleister weiß, dass das XXXX auch ohne Unterstützung durch einen Dienstleister (und daher für XXXX -Betriebe kostenlos) anbietet. [...] 7. Dem Dienstleister ist bewusst, dass das XXXX mit mehreren XXXX -Dienstleistern zusammenarbeitet. [...]“ Unter „B. Abwicklung“ findet sich ua.: „1. Der Dienstleister sucht auf Wunsch der XXXX -KundInnen, denen das XXXX eine XXXX in Aussicht gestellt hat, XXXX -Betriebe, wenn aktuell kein passender XXXX vorliegt. 2. [...]“ Die Zweitbeschwerdeführerin, vertreten durch die Erstbeschwerdeführerin, unterzeichnete eine (ebenfalls in der Verhandlung vorgelegte) „Qualitätserklärung für die Zusammenarbeit mit dem römisch 40“ (Stand April 2018). Darin erklärt die Zweitbeschwerdeführerin als Dienstleisterin des römisch 40 näher angeführte Qualitätsstandards einzuhalten und nach näher bezeichneten Regeln vorzugehen. Unter „A. Grundsätzliches“ ist ua. angeführt: „[...] 5. Der Dienstleister weiß, dass das römisch 40 auch ohne Unterstützung durch einen Dienstleister (und daher für römisch 40 - Betriebe kostenlos) anbietet. [...] 7. Dem Dienstleister ist bewusst, dass das römisch 40 mit mehreren römisch 40 - Dienstleistern zusammenarbeitet. [...]“ Unter „B. Abwicklung“ findet sich ua.: „1. Der Dienstleister sucht auf Wunsch der römisch 40 -KundInnen, denen das römisch 40 eine römisch 40 in Aussicht gestellt hat, römisch 40 -Betriebe, wenn aktuell kein passender römisch 40 vorliegt. 2. [...]“

Die Zweitbeschwerdeführerin ist mit der Datenbank des XXXX verbunden und bekommt regelmäßig – wenn das XXXX Personen für XXXX befürwortet – diese zugewiesen und betreut diese dann im Bewerbungsprozess sowie im gesamten Zeitraum ihrer XXXX. Alternativ können die XXXX – wenn das XXXX keinen Kooperationspartner zuweist – selbst zB die Zweitbeschwerdeführerin als Betreuerin auswählen. Ob eine Person einem konkreten Kooperationspartner zugeteilt wird oder diesen selbst aussuchen kann, hängt vom jeweiligen Berater des XXXX ab. Die Zweitbeschwerdeführerin ist mit der Datenbank des römisch 40 verbunden und bekommt regelmäßig – wenn das römisch 40 Personen für römisch 40 befürwortet – diese zugewiesen und betreut diese dann im Bewerbungsprozess sowie im gesamten Zeitraum ihrer römisch 40. Alternativ können die römisch 40 – wenn das römisch 40 keinen Kooperationspartner zuweist – selbst zB die Zweitbeschwerdeführerin als Betreuerin auswählen. Ob eine Person einem konkreten Kooperationspartner zugeteilt wird oder diesen selbst aussuchen kann, hängt vom jeweiligen Berater des römisch 40 ab.

Die Zweitbeschwerdeführerin erlangte die Rechtsstellung als Dienstleisterin bzw. Kooperationspartnerin des XXXX durch eine Ausschreibung. Aktuell gibt es allein in XXXX ca. zehn bis zwölf solcher Dienstleister bzw. Kooperationspartner des XXXX. Aus Sicht der Erstbeschwerdeführerin stehen die einzelnen Dienstleister zueinander nicht in einem Wettbewerbsverhältnis. Die Erstbeschwerdeführerin verweist darauf, dass zwischen den einzelnen Dienstleistern ein gutes Einvernehmen bestehe und diese untereinander in einem Austauschverhältnis bzw. einem guten Zusammenarbeitsverhältnis stehen würden. Die Zweitbeschwerdeführerin erlangte die Rechtsstellung als Dienstleisterin bzw. Kooperationspartnerin des römisch 40 durch eine Ausschreibung. Aktuell gibt es allein in römisch 40 ca. zehn bis zwölf solcher Dienstleister bzw. Kooperationspartner des römisch 40. Aus Sicht der Erstbeschwerdeführerin stehen die einzelnen Dienstleister zueinander nicht in einem Wettbewerbsverhältnis. Die Erstbeschwerdeführerin verweist darauf, dass zwischen den einzelnen Dienstleistern ein gutes Einvernehmen bestehe und diese untereinander in einem Austauschverhältnis bzw. einem guten Zusammenarbeitsverhältnis stehen würden.

Aus Sicht der Erstbeschwerdeführerin ist es der „Job“ der Zweitbeschwerdeführerin, XXXX „in eine XXXX zu bringen“, wobei die Vermittlung an XXXX über E-Mails oder Telefonate laufe. Die XXXX suchen sich selbst Unternehmen aus, die sie als XXXX interessieren würden. Vor ca. einem Jahr adaptierte die Zweitbeschwerdeführerin ihre Vorgehensweise



dahingehend, dass – anders als noch zu den verfahrensgegenständlichen Zeitpunkten (siehe I.1.1.) – nicht mehr die Zweitbeschwerdeführerin die Bewerbungen für die XXXX an die potentiellen XXXX verschickt. Die XXXX übermitteln seither selbst ihre Bewerbungen an die sie interessierenden Unternehmen und verweisen darin auf die Zweitbeschwerdeführerin. Wenn ein Unternehmen Interesse an einem XXXX hat, muss es sich für den weiteren Ablauf an die Zweitbeschwerdeführerin wenden. Aus Sicht der Erstbeschwerdeführerin ist es der „Job“ der Zweitbeschwerdeführerin, römisch 40 „in eine römisch 40 zu bringen“, wobei die Vermittlung an römisch 40 über E-Mails oder Telefonate laufe. Die römisch 40 suchen sich selbst Unternehmen aus, die sie als römisch 40 interessieren würden. Vor ca. einem Jahr adaptierte die Zweitbeschwerdeführerin ihre Vorgehensweise dahingehend, dass – anders als noch zu den verfahrensgegenständlichen Zeitpunkten (siehe römisch eins.1.1.) – nicht mehr die Zweitbeschwerdeführerin die Bewerbungen für die römisch 40 an die potentiellen römisch 40 verschickt. Die römisch 40 übermitteln seither selbst ihre Bewerbungen an die sie interessierenden Unternehmen und verweisen darin auf die Zweitbeschwerdeführerin. Wenn ein Unternehmen Interesse an einem römisch 40 hat, muss es sich für den weiteren Ablauf an die Zweitbeschwerdeführerin wenden.

Kommt schließlich ein XXXX zustande, übernimmt das XXXX die XXXX, während das Unternehmen für die XXXX der betreffenden Person (zB XXXX) aufkommt. Des Weiteren zahlt das Unternehmen der Zweitbeschwerdeführerin – ab erfolgreicher Vermittlung – einen monatlichen Verwaltungsbeitrag in der Höhe von rund XXXX, solange die XXXX andauern. Dieser Verwaltungsbeitrag stellt die Einnahmen der Zweitbeschwerdeführerin dar. Vom XXXX bekommt die Zweitbeschwerdeführerin keine Zuwendungen. Kommt schließlich ein römisch 40 zustande, übernimmt das römisch 40 die römisch 40, während das Unternehmen für die römisch 40 der betreffenden Person (zB römisch 40) aufkommt. Des Weiteren zahlt das Unternehmen der Zweitbeschwerdeführerin – ab erfolgreicher Vermittlung – einen monatlichen Verwaltungsbeitrag in der Höhe von rund römisch 40, solange die römisch 40 andauern. Dieser Verwaltungsbeitrag stellt die Einnahmen der Zweitbeschwerdeführerin dar. Vom römisch 40 bekommt die Zweitbeschwerdeführerin keine Zuwendungen.

## 2. Beweiswürdigung:

2.1. Die unter II.1.1. getroffenen Feststellungen sind im Verfahren unbestritten. Sie wurden von der belangten Behörde dem angefochtenen Straferkenntnis zugrunde gelegt und in der Beschwerde nicht bestritten (vgl. deren Punkt II.: „Vorauszuschicken ist, dass der Sachverhalt von der belangten Behörde korrekt festgestellt wurde und insoweit unstrittig ist.“). Sie können daher im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ebenfalls herangezogen werden. 2.1. Die unter römisch zwei.1.1. getroffenen Feststellungen sind im Verfahren unbestritten. Sie wurden von der belangten Behörde dem angefochtenen Straferkenntnis zugrunde gelegt und in der Beschwerde nicht bestritten vergleiche deren Punkt römisch zwei.: „Vorauszuschicken ist, dass der Sachverhalt von der belangten Behörde korrekt festgestellt wurde und insoweit unstrittig ist.“). Sie können daher im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ebenfalls herangezogen werden.

2.2. Die unter II.1.2. getroffenen Feststellungen gründen sich auf die glaubwürdigen und schlüssig dargetanen Angaben der Erstbeschwerdeführerin in der Verhandlung (vgl. die Seiten 4 bis 9 der Niederschrift) in Verbindung mit den von ihr in diesem Rahmen vorgelegten Unterlagen (vgl. das Informationsblatt XXXX des XXXX sowie die „Qualitätserklärung für die Zusammenarbeit mit XXXX 2.2. Die unter römisch zwei.1.2. getroffenen Feststellungen gründen sich auf die glaubwürdigen und schlüssig dargetanen Angaben der Erstbeschwerdeführerin in der Verhandlung vergleiche die Seiten 4 bis 9 der Niederschrift) in Verbindung mit den von ihr in diesem Rahmen vorgelegten Unterlagen vergleiche das Informationsblatt römisch 40 des römisch 40 sowie die „Qualitätserklärung für die Zusammenarbeit mit römisch 40

## 3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

### 3.1. Zu den gesetzlichen Grundlagen:

3.1.1. Die verfahrensgegenständlich relevanten §§ 107 und 109 des Telekommunikationsgesetzes 2003 (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 78/2018 (bezogen auf die in Rede stehenden Tatzeitpunkte im September und November 2019) lauten: 3.1.1. Die verfahrensgegenständlich relevanten Paragraphen 107 und 109 des Telekommunikationsgesetzes 2003 (TKG 2003), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 70 aus 2003, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 78 aus 2018, (bezogen auf die in Rede stehenden Tatzeitpunkte im September und

November 2019) lauten:

#### „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.

Paragraph 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 (3) Eine vorherige Einwilligung für die Zusendung elektronischer Post gemäß Absatz 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. der Empfänger die Zusendung nicht von vornherein, insbesondere nicht durch Eintragung in die in Paragraph 7, Absatz 2, E-Commerce-Gesetz genannte Liste, abgelehnt hat.

(Anm.: Abs. 4 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 133/2005) Anmerkung, Absatz 4, aufgehoben durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 133 aus 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 2. die Bestimmungen des Paragraph 6, Absatz eins, 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, gelten sie als an jenem Ort begangen, an dem die unerbetene Nachricht den Anschluss des Teilnehmers erreicht.“

#### „Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 109. [...] Paragraph 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 20. entgegen Paragraph 107, Absatz 2, oder 5 elektronische Post zusendet;

[...]“.

3.1.2. Das TKG 2003 wurde mit BGBl. I Nr. 190/2021 aufgehoben und ist seit 01.11.2021 als TKG 2021 in Kraft (Stammfassung: BGBl. I Nr. 190/2021). Die Regelungen hinsichtlich unerbetener Nachrichten sowie die dazu gehörigen Verwaltungsstrafbestimmungen lauten seither: 3.1.2. Das TKG 2003 wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 190 aus 2021, aufgehoben und ist seit 01.11.2021 als TKG 2021 in Kraft (Stammfassung: Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 190 aus 2021,). Die Regelungen hinsichtlich unerbetener Nachrichten sowie die dazu gehörigen Verwaltungsstrafbestimmungen lauten seither:

#### „Unerbetene Nachrichten

§ 174. (1) Anrufe – einschließlich das Senden von Fernkopien – zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Nutzers sind unzulässig. Der Einwilligung des Nutzers steht die Einwilligung einer Person, die vom Endnutzer 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. Paragraph 174, (1) Anrufe – einschließlich das Senden von Fernkopien – zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Nutzers sind unzulässig. Der Einwilligung des Nutzers steht die Einwilligung einer Person, die vom Endnutzer 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.

(2) 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.

(3) Die Zusendung einer elektronischen Post – einschließlich SMS – ist ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, wenn die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt.

(4) Eine vorherige Einwilligung für die Zusendung elektronischer Post gemäß Abs. 3 ist dann nicht notwendig, wenn (4) Eine vorherige Einwilligung für die Zusendung elektronischer Post gemäß Absatz 3, 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. der Empfänger die Zusendung nicht von vornherein, insbesondere nicht durch Eintragung in die in Paragraph 7, Absatz 2, E-Commerce-Gesetz genannte Liste, abgelehnt hat.

(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 2. die Bestimmungen des Paragraph 6, Absatz eins, 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, 3 oder 5 nicht im Inland begangen, gelten sie als an jenem Ort begangen, an dem die unerbetene Nachricht den Anschluss des Nutzers erreicht.“

#### „Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 188. [...] Paragraph 188, [...]

(4) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu 50 000 Euro, im Falle ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen, zu bestrafen, wer

[...]

28. entgegen § 174 Abs. 3 oder 5 elektronische Post zusendet. 28. entgegen Paragraph 174, Absatz 3, oder 5 elektronische Post zusendet.

[...]“

„Übergangsbestimmungen

§ 212. (1) Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes anhängige Verwaltungsverfahren vor der Regulierungsbehörde sind mit Ausnahme der Verfahren nach § 87 nach der bis zum Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes geltenden materiellen Rechtslage und Verfahrensrechtlage, einschließlich der Zuständigkeit zu Ende zu führen. Paragraph 212, (1) Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes anhängige Verwaltungsverfahren vor der Regulierungsbehörde sind mit Ausnahme der Verfahren nach Paragraph 87, nach der bis zum Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes geltenden materiellen Rechtslage und Verfahrensrechtlage, einschließlich der Zuständigkeit zu Ende zu führen.

(2) Verfahren nach dem 7. Abschnitt, deren abschließendes Erkenntnis auf Grund der vor Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes geltenden Rechtslage erlassen und durch Erkenntnis des Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshofs behoben wurde, sind nach der zum Zeitpunkt der Erlassung des abschließenden Erkenntnisses bestandenen materiellen Rechtslage und Verfahrensrechtlage zu Ende zu führen.

[...]“

3.1.3. Die gegenständlich relevanten Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 58/2018, lauten: 3.1.3. Die gegenständlich relevanten Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 (VStG), Bundesgesetzblatt Nr. 52 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 58 aus 2018,, lauten:

„Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit

§ 1. (1) Als Verwaltungsübertretung kann eine Tat (Handlung oder Unterlassung) nur bestraft werden, wenn sie vor ihrer Begehung mit Strafe bedroht war. Paragraph eins, (1) Als Verwaltungsübertretung kann eine Tat (Handlung oder Unterlassung) nur bestraft werden, wenn sie vor ihrer Begehung mit Strafe bedroht war.

(2) Die Strafe richtet sich nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre.

[...]“

„Schuld

§ 5. (1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Paragraph 5, (1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

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

## „Besondere Fälle der Verantwortlichkeit

§ 9. (1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Paragraph 9, (1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Absatz 2,) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

[...]

(7) Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in Abs. 3 genannten natürlichen Personen haften für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.“(7) Juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in Absatz 3, genannten natürlichen Personen haften für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.“

## „Strafbemessung

§ 19. (1) Grundlage für die Bemessung der Strafe sind die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Paragraph 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.“(2) Im ordentlichen Verfahren (Paragraphen 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 Paragraphen 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.“

## „Zusammentreffen von strafbaren Handlungen

§ 22. (1) Soweit die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen, ist eine Tat als Verwaltungsübertretung nur dann strafbar, wenn sie nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet. Paragraph 22, (1) Soweit die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen, ist eine Tat als Verwaltungsübertretung nur dann strafbar, wenn sie nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet.

(2) Hat jemand durch mehrere selbstständige Taten mehrere Verwaltungsübertretungen begangen oder fällt eine Tat unter mehrere einander nicht ausschließende Strafdrohungen, so sind die Strafen nebeneinander zu verhängen. Dasselbe gilt bei einem Zusammentreffen von Verwaltungsübertretungen mit anderen von einer Verwaltungsbehörde zu ahndenden strafbaren Handlungen.“

„§ 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. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Ziffer 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.

(2) Wird die Einstellung verfügt, so genügt ein Aktenvermerk mit Begründung, es sei denn, daß einer Partei gegen die Einstellung Beschwerde beim Verwaltungsgericht zusteht oder die Erlassung eines Bescheides aus anderen Gründen notwendig ist. Die Einstellung ist, soweit sie nicht bescheidmäßig erfolgt, dem Beschuldigten mitzuteilen, wenn er nach dem Inhalt der Akten von dem gegen ihn gerichteten Verdacht wußte.“

3.1.4. Die §§ 38 und 52 VwGVG lauten 3.1.4. Die Paragraphen 38 und 52 VwGVG lauten:

„Anzuwendendes Recht

§ 38. Soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, sind 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.“ Paragraph 38, Soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, sind auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG in Verwaltungsstrafsachen die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG, Bundesgesetzblatt Nr. 52 aus 1991,, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des römisch zwei. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes – FinStrG, Bundesgesetzblatt Nr. 129 aus 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.“

„Kosten

§ 52. (1) In jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, ist auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat. Paragraph 52, (1) In jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, ist auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat.

(2) Dieser Beitrag ist für das Beschwerdeverfahren mit 20% der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro zu bemessen; bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro anzurechnen. Der Kostenbeitrag fließt der Gebietskörperschaft zu, die den Aufwand des Verwaltungsgerichtes zu tragen hat.

[...]

(6) Die §§ 14 und 54b Abs. 1 und 1a VStG sind sinngemäß anzuwenden (6) Die Paragraphen 14 und 54 b Absatz eins und eins a VStG sind sinngemäß anzuwenden.

[...]

(8) Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sind dem Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist.

[...]“

3.2. Zum angefochtenen Bescheid:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis stellte die belangte Behörde gegenüber der Erstbeschwerdeführerin die Begehung einer Verwaltungsübertretung gemäß § 107 Abs. 2 iVm § 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003 fest, verhängte über sie eine Geldstrafe in der Höhe von

XXXX je E-Mail und verfügte einen Betrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von 70 Euro (insgesamt entstand damit ein zu zahlender Gesamtbetrag in der Höhe von

770 Euro). Weiters enthielt das Straferkenntnis einen Haftungsausspruch gegenüber der Zweitbeschwerdeführerin gemäß § 9 Abs. 7 VStG. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis stellte die belangte Behörde gegenüber der Erstbeschwerdeführerin die Begehung einer Verwaltungsübertretung gemäß Paragraph 107, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 109, Absatz 3, Ziffer 20, TKG 2003 fest, verhängte über sie eine Geldstrafe in der Höhe von , römisch 40 je E-Mail und verfügte einen Betrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von 70 Euro (insgesamt entstand damit ein zu zahlender Gesamtbetrag in der Höhe von , 770 Euro). Weiters enthielt das Straferkenntnis einen Haftungsausspruch gegenüber der Zweitbeschwerdeführerin gemäß Paragraph 9, Absatz 7, VStG.

### 3.3. Zur vorliegenden Beschwerde:

Die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde der Erstbeschwerdeführerin und der Zweitbeschwerdeführerin ist rechtzeitig und zulässig. Sie macht als Beschwerdegründe geltend:

„Vorauszuschicken ist, dass der Sachverhalt von der belangten Behörde korrekt festgestellt wurde und insoweit unstrittig ist.

Es wird die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde bekämpft.

Entsprechend der hier ins Treffen geführten Norm des § 107 Abs. 2 TKG ist die Zusendung elektronischer Post ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, wenn die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt. Entsprechend der hier ins Treffen geführten Norm des Paragraph 107, Absatz 2, TKG ist die Zusendung elektronischer Post ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, wenn die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt.

Die belangte Behörde qualifizierte die verfahrensgegenständlichen E-Mails als elektronische Post zu Zwecken der Direktwerbung. Dies ist unrichtig.

Sie führte aus, dass sich die Qualifikation als „Direktwerbung“, obwohl eine Legaldefinition im TKG nicht existiere, aus den Gesetzesmaterialien und der höchstgerichtlichen Judikatur ergebe.

Vorauszuschicken ist, dass der Begriff der ‚Direktwerbung‘ aus dem Europäischen Unionsrecht stammt. Der Begriff kommt in der DSGVO einerseits und in der ePrivacy-RL andererseits vor. In diesen Rechtsquellen findet sich jedoch ebenso wenig eine Legaldefinition wie in den diesen Quellen zugrunde liegenden Erwägungsgründen.

Hinzuweisen ist darauf, dass sich die englische und die deutsche Sprachfassung der ePrivacy-RL 2002/58/EG (zB in Art 13) diesbezüglich sogar unterscheidet. In der englischen Fassung wird der Begriff ‚direct marketing‘ verwendet und in der deutschen Fassung der Begriff ‚Direktwerbung‘. Übersetzt man den englischen Begriff korrekt, so würde es im deutschen ‚Direktmarketing‘ heißen, darunter versteht man den Direktabsatz also, wenn der Vertriebskanal direkt vom Hersteller an den Endverbraucher verläuft (zB Versandhandel, Verkaufspartys, Haustürgeschäfte). Siehe zur Begriffserklärung ‚Direktmarketing‘ zB Kotler/Keller/Opresnik, Marketing-Management 14 (2015) S 519. Hinzuweisen ist darauf, dass sich die englische und die deutsche Sprachfassung der ePrivacy-RL 2002/58/EG (zB in Artikel 13,) diesbezüglich sogar unterscheidet. In der englischen Fassung wird der Begriff ‚direct marketing‘ verwendet und in der deutschen Fassung der Begriff ‚Direktwerbung‘. Übersetzt man den englischen Begriff korrekt, so würde es im deutschen ‚Direktmarketing‘ heißen, darunter versteht man den Direktabsatz also, wenn der Vertriebskanal direkt vom Hersteller an den Endverbraucher verläuft (zB Versandhandel, Verkaufspartys, Haustürgeschäfte). Siehe zur Begriffserklärung ‚Direktmarketing‘ zB Kotler/Keller/Opresnik, Marketing-Management 14 (2015) S 519).

Ein Rückgriff auf die Definition in Art. 2 lit. a Werbe-RL (RL 2006/114/EG) zeigt, dass ‚Werbung‘ jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel ist, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen Rechte und Verpflichtungen zu fördern. Ein Rückgriff auf die Definition in Artikel 2, Litera a, Werbe-RL (RL 2006/114/EG) zeigt, dass ‚Werbung‘ jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel ist, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen Rechte und Verpflichtungen zu fördern.

Obwohl es unbeachtlich ist, ob für eigene oder fremde Produkte oder Dienstleistungen geworben wird, ist von zentraler Bedeutung, dass überhaupt für ein Produkt geworben wird.

So ist das hier gegenständliche , XXXX ' aber gerade kein Produkt in diesem Sinne, sondern vielmehr eine staatliche Maßnahme, nämlich XXXX . Bei Teilnahme am XXXX erhalten die teilnehmenden Betriebe eine XXXX durch das XXXX . So ist das hier gegenständliche , römisch 40 ' aber gerade kein Produkt in diesem Sinne, sondern vielmehr eine staatliche Maßnahme, nämlich römisch 40 . Bei Teilnahme am römisch 40 erhalten die teilnehmenden Betriebe eine römisch 40 durch das römisch 40 .

Eine staatliche Maßnahme ist jedoch kein Produkt im Sinne der oben genannten Normen. Insbesondere wird durch den Hinweis auf eine staatliche Maßnahme, hier XXXX , keine Werbung für ein Produkt gemacht. Es liegt daher keine Direktwerbung vor. Eine staatliche Maßnahme ist jedoch kein Produkt im Sinne der oben genannten Normen. Insbesondere wird durch den Hinweis auf eine staatliche Maßnahme, hier römisch 40 , keine Werbung für ein Produkt gemacht. Es liegt daher keine Direktwerbung vor.

Da keine Direktwerbung vorliegt, ist auch keine Einwilligung des Empfängers erforderlich.

Zusammengefasst sind die verfahrensgegenständlichen Mails rechtskonform und als solche nicht zu beanstanden.“

#### 3.4. Zur anzuwendenden Rechtslage im Beschwerdefall:

Mit 01.11.2021 trat das TKG 2021 in Kraft bzw. das TKG 2003 außer Kraft (vgl. II.3.1.). Dass im Beschwerdefall dennoch weiterhin das TKG 2003 anzuwenden ist, gründet sich auf folgende Überlegungen: Mit 01.11.2021 trat das TKG 2021 in Kraft bzw. das TKG 2003 außer Kraft vergleiche römisch zwei.3.1.). Dass im Beschwerdefall dennoch weiterhin das TKG 2003 anzuwenden ist, gründet sich auf folgende Überlegungen:

Zunächst liegen die Tatzeitpunkte im September und November 2019 und sind damit zeitlich vor Inkrafttreten des TKG 2021 gelegen.

Weiters sind die Übergangsregelungen des TKG 2021 zu beachten:

Gemäß § 212 Abs. 1 TKG 2021 sind zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes anhängige Verwaltungsverfahren vor der Regulierungsbehörde mit Ausnahme der Verfahren nach § 87 [Anm. BVwG: Marktdefinition, Marktanalyse] nach der bis zum Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes geltenden materiellen Rechtslage und Verfahrensrechtlage, einschließlich der Zuständigkeit zu Ende zu führen. Gemäß Paragraph 212, Absatz eins, TKG 2021 sind zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes anhängige Verwaltungsverfahren vor der Regulierungsbehörde mit Ausnahme der Verfahren nach Paragraph 87, [Anm. BVwG: Marktdefinition, Marktanalyse] nach der bis zum Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes geltenden materiellen Rechtslage und Verfahrensrechtlage, einschließlich der Zuständigkeit zu Ende zu führen.

Gemäß § 212 Abs. 2 TKG 2021 sind Verfahren nach dem 7. Abschnitt [Anm. BVwG: Netzausbau und Infrastrukturnutzung], deren abschließendes Erkenntnis auf Grund der vor Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes geltenden Rechtslage erlassen und durch Erkenntnis des Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshofs behoben wurde, nach der zum Zeitpunkt der Erlassung des abschließenden Erkenntnisses bestandenen materiellen Rechtslage und Verfahrensrechtlage zu Ende zu führen. Gemäß Paragraph 212, Absatz 2, TKG 2021 sind Verfahren nach dem 7. Abschnitt [Anm. BVwG: Netzausbau und Infrastrukturnutzung], deren abschließendes Erkenntnis auf Grund der vor Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes geltenden Rechtslage erlassen und durch Erkenntnis des Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshofs behoben wurde, nach der zum Zeitpunkt der Erlassung des abschließenden Erkenntnisses bestandenen materiellen Rechtslage und Verfahrensrechtlage zu Ende zu führen.

Für dieses Strafverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält das TKG 2021 demnach keine explizite Übergangsregelung.

Der im Beschwerdefall anzuwendende § 107 Abs. 2 TKG 2003 wurde durch die Novelle zum TKG 2021 zwar neu nummeriert, aber inhaltlich nicht geändert (vgl. nunmehr wortgleich

§ 174 Abs. 3 TKG 2021 unter II.3.1.). Weiterhin stellt der Verstoß gegen § 174 Abs. 3 TKG 2021 eine Verwaltungsübertretung dar (nun § 188 Abs. 4 Z 28 TKG 2021). Jedoch wurde die Strafdrohung im Verhältnis zu § 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003 (von früher bis zu 37.000 Euro auf nunmehr bis zu 50.000 Euro Geldstrafe) hinaufgesetzt (vgl. II.3.1.). Der im Beschwerdefall anzuwendende Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003 wurde durch die Novelle zum TKG



2021 zwar neu nummeriert, aber inhaltlich nicht geändert vergleiche nunmehr wortgleich , Paragraph 174, Absatz 3, TKG 2021 unter römisch zwei.3.1.). Weiterhin stellt der Verstoß gegen Paragraph 174, Absatz 3, TKG 2021 eine Verwaltungsübertretung dar (nun Paragraph 188, Absatz 4, Ziffer 28, TKG 2021). Jedoch wurde die Strafdrohung im Verhältnis zu Paragraph 109, Absatz 3, Ziffer 20, TKG 2003 (von früher bis zu 37.000 Euro auf nunmehr bis zu 50.000 Euro Geldstrafe) hinaufgesetzt vergleiche römisch zwei.3.1.).

Daher ist gemäß der im Verwaltungsstrafverfahren allgemein anzuwenden Regelung gemäß § 1 Abs. 2 VStG für die Strafe das zum Tatzeitpunkt anzuwendende Recht – dh. das TKG 2003 – und nicht das neue TKG 2021 anzuwenden, weil letzteres gerade nicht „in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre“. Denn das TKG 2021 belässt die einschlägige Verbotsnorm – also den Umfang der Strafbarkeit – inhaltlich unverändert, sieht jedoch eine höhere Strafdrohung vor. Daher ist gemäß der im Verwaltungsstrafverfahren allgemein anzuwenden Regelung gemäß Paragraph eins, Absatz 2, VStG für die Strafe das zum Tatzeitpunkt anzuwendende Recht – dh. das TKG 2003 – und nicht das neue TKG 2021 anzuwenden, weil letzteres gerade nicht „in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre“. Denn das TKG 2021 belässt die einschlägige Verbotsnorm – also den Umfang der Strafbarkeit – inhaltlich unverändert, sieht jedoch eine höhere Strafdrohung vor.

### 3.5. Zum objektiven Tatbestand:

3.5.1. Gemäß § 107 Abs. 2 TKG 2003 ist die Zusendung einer elektronischen Post – einschließlich SMS – ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, wenn die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt. 3.5.1. Gemäß Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003 ist die Zusendung einer elektronischen Post – einschließlich SMS – ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, wenn die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt.

3.5.2. Zur Voraussetzung der „Zusendung einer elektronischen Post [...] ohne vorherige Einwilligung des Empfängers“: Im Beschwerdefall steht fest, dass die verfahrensgegenständlichen E-Mail-Nachrichten vom 10.09.2019 und 07.11.2019 jeweils ausgehend von der E-Mail-Adresse der Zweitbeschwerdeführerin, deren unbeschränkt haftende Gesellschafterin die Erstbeschwerdeführerin zu diesen Zeitpunkten war, dem Empfänger zugesendet wurden. Ebenso steht fest, dass die Zusendung ohne Einwilligung des Empfängers erfolgte (vgl. II.1.). 3.5.2. Zur Voraussetzung der „Zusendung einer elektronischen Post [...] ohne vorherige Einwilligung des Empfängers“: Im Beschwerdefall steht fest, dass die verfahrensgegenständlichen E-Mail-Nachrichten vom 10.09.2019 und 07.11.2019 jeweils ausgehend von der E-Mail-Adresse der Zweitbeschwerdeführerin, deren unbeschränkt haftende Gesellschafterin die Erstbeschwerdeführerin zu diesen Zeitpunkten war, dem Empfänger zugesendet wurden. Ebenso steht fest, dass die Zusendung ohne Einwilligung des Empfängers erfolgte vergleiche römisch zwei.1.).

In der Beschwerde wird dazu ausdrücklich festgehalten, dass der Sachverhalt von der belangten Behörde korrekt festgestellt worden und insoweit unstrittig sei.

3.5.3. Zur Voraussetzung der „Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung“: Die Beschwerde wendet sich ausschließlich gegen die Qualifikation der verfahrensgegenständlichen E-Mails als elektronische Post zu Zwecken der Direktwerbung. Zusammengefasst wird dazu dargelegt, dass es von zentraler Bedeutung sei, dass überhaupt für ein Produkt geworben werde. Das gegenständliche Programm sei aber gerade kein Produkt, sondern vielmehr eine staatliche Maßnahme, nämlich XXXX . Insbesondere werde durch den Hinweis auf eine staatliche Maßnahme keine Werbung für ein Produkt gemacht. Es liege daher keine Direktwerbung vor. 3.5.3. Zur Voraussetzung der „Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung“: Die Beschwerde wendet sich ausschließlich gegen die Qualifikation der verfahrensgegenständlichen E-Mails als elektronische Post zu Zwecken der Direktwerbung. Zusammengefasst wird dazu dargelegt, dass es von zentraler Bedeutung sei, dass überhaupt für ein Produkt geworben werde. Das gegenständliche Programm sei aber gerade kein Produkt, sondern vielmehr eine staatliche Maßnahme, nämlich römisch 40 . Insbesondere werde durch den Hinweis auf eine staatliche Maßnahme keine Werbung für ein Produkt gemacht. Es liege daher keine Direktwerbung vor.

Diesem Vorbringen kann aus den folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

Der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist zum Begriff der „Direktwerbung“ Folgendes zu entnehmen (VwGH 26.06.2013, 2012/03/0089):

„Der Begriff der „Direktwerbung“, der sich auch in Art 13 der Richtlinie 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), der mit § 107 TKG 2003 umgesetzt wurde, findet, ist weder im TKG 2003 noch in Art 13

der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation näher definiert. „Der Begriff der „Direktwerbung“, der sich auch in Artikel 13, der Richtlinie 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), der mit Paragraph 107, TKG 2003 umgesetzt wurde, findet, ist weder im TKG 2003 noch in Artikel 13, der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation näher definiert.

„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 Enzyklopädie<sup>21</sup>; Gabler Wirtschaftslexikon<sup>17</sup>). 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). „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 vergleiche Brockhaus Enzyklopädie<sup>21</sup>; Gabler Wirtschaftslexikon<sup>17</sup>). 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“ vergleiche 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 vergleiche etwa OGH vom 30. September 2009, 7 Ob 168/09w, mwN; zur Auslegung des auf Artikel 13, der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation zurückzuführenden Rechtsbegriffes im deutschen Lauterkeitsrecht etwa BGH vom 17. Juli 2008, römisch eins ZR 197/05, MultiMedia und Recht 2006, 662ff).“

Mit Erkenntnis vom 19.12.2013, 2011/03/0198, führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass zB auch das Bewerben einer politischen Gruppe dem Begriff der Direktwerbung unterfällt:

„§ 107 Abs 2 TKG 2003 dient dem ‚Spamming-Verbot‘ in Umsetzung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 als Spezialvorschrift für den Telekommunikationssektor insbesondere zum Schutze des Grundrechtes auf Achtung des Privat- und Familienlebens (und damit des Rechtes auf Achtung der Kommunikation) sowie des Grundrechtes zum Schutze personenbezogener Daten. Für den vorliegenden Zusammenhang ist der Schutzzweck der angesprochenen Grundrechte und Richtlinien im Lichte der Erwägungsgründe und Gesetzesmaterialien klar ersichtlich: Es soll eine Verletzung der Privatsphäre durch unerwünschte elektronische Zusendung zu Werbezwecken unterbunden werden. Unerbetene Werbenachrichten können zum einen relativ leicht und preiswert versendet werden, und zum anderen eine Belastung und/oder einen Kostenaufwand für den Empfänger bedeuten. Unerwünschte elektronische Post kann einen etwaigen knappen Daten-Speicherplatz ungebührlich in Anspruch nehmen. Eine diesbezügliche Zusendung ist daher nur statthaft, sofern einem Empfang zuvor zugestimmt wurde. Zur Erreichung dieses Schutzzweckes ist der Begriff ‚Direktwerbung‘ weit und umfassend auszulegen. Es ist daher nicht ersichtlich, warum das direkte Bewerben einer politischen Gruppe im Wege eines ohne vorherige Zustimmung des Empfängers zugeschickten E-Mail nicht die oben beschriebenen verpönten Wirkungen zeitigen sollte.“ „§ 107 Absatz 2, TKG 2003 dient dem ‚Spamming-Verbot‘ in Umsetzung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 als Spezialvorschrift für den Telekommunikationssektor insbesondere zum Schutze des Grundrechtes auf Achtung des Privat- und Familienlebens (und damit des Rechtes auf Achtung der Kommunikation) sowie des Grundrechtes zum Schutze personenbezogener Daten. Für den vorliegenden Zusammenhang ist der Schutzzweck der

angesprochenen Grundrechte und Richtlinien im Lichte der Erwägungsgründe und Gesetzesmaterialien klar ersichtlich: Es soll eine Verletzung der Privatsphäre durch unerwünschte elektronische Zusendung zu Werbezwecken unterbunden werden. Unerbetene Werbenachrichten können zum einen relativ leicht und preiswert versendet werden, und zum anderen eine Belastung und/oder einen Kostenaufwand für den Empfänger bedeuten. Unerwünschte elektronische Post kann einen etwaigen knappen Daten-Speicherplatz ungebührlich in Anspruch nehmen. Eine diesbezügliche Zusendung ist daher nur statthaft, sofern einem Empfang zuvor zugestimmt wurde. Zur Erreichung dieses Schutzzweckes ist der Begriff ‚Direktwerbung‘ weit und umfassend auszulegen. Es ist daher nicht ersichtlich, warum das direkte Bewerben einer politischen Gruppe im Wege eines ohne vorherige Zustimmung des Empfängers zugeschickten E-Mail nicht die oben beschriebenen verpönten Wirkungen zeitigen sollte.“

Dabei hindert auch die Gestaltung als Newsletter oder Informations-Mail die Qualifikation als Werbung nicht. Es gibt für den Absender einer Nachricht eine einfache Möglichkeit, eine allfällige Strafbarkeit zu vermeiden: Sie besteht darin, die Einwilligung des (potentiellen) Empfängers einzuholen, bevor an ihn mit elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung herangetreten wird (vgl. VwGH 19.12.2013, 2011/03/0198). Dabei hindert auch die Gestaltung als Newsletter oder Informations-Mail die Qualifikation als Werbung nicht. Es gibt für den Absender einer Nachricht eine einfache Möglichkeit, eine allfällige Strafbarkeit zu vermeiden: Sie besteht darin, die Einwilligung des (potentiellen) Empfängers einzuholen, bevor an ihn mit elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung herangetreten wird (vergleiche VwGH 19.12.2013, 2011/03/0198).

Unter Beachtung der getroffenen Feststellungen muss im konkreten Fall daher davon ausgegangen werden, dass – ungeachtet der Bezeichnung und Gestaltung der gegenständlichen E-Mail-Nachrichten – die Schwelle der Werbung erreicht wird, zumal die Zweitbeschwerdeführerin davon finanziell profitiert, wenn sie XXXX Personen an interessierte Unternehmen weitervermittelt und hieraus ein XXXX entsteht. Ab erfolgreicher Vermittlung zahlt das jeweilige Unternehmen der Zweitbeschwerdeführerin – wie festgestellt (II.1.2.) – nämlich einen monatlichen Verwaltungsbeitrag für die Dauer der XXXX. Dass die hier gegenständlichen E-Mail-Nachrichten von einer Absatzförderungsabsicht (vgl. wiederum VwGH 26.06.2013, 2012/03/0089) getragen werden, liegt vor diesem Hintergrund auf der Hand. Unter Beachtung der getroffenen Feststellungen muss im konkreten Fall daher davon ausgegangen werden, dass – ungeachtet der Bezeichnung und Gestaltung der gegenständlichen E-Mail-Nachrichten – die Schwelle der Werbung erreicht wird, zumal die Zweitbeschwerdeführerin davon finanziell profitiert, wenn sie römisch 40 Personen an interessierte Unternehmen weitervermittelt und hieraus ein römisch 40 entsteht. Ab erfolgreicher Vermittlung zahlt das jeweilige Unternehmen der Zweitbeschwerdeführerin – wie festgestellt (römisch zwei.1.2.) – nämlich einen monatlichen Verwaltungsbeitrag für die Dauer der römisch 40. Dass die hier gegenständlichen E-Mail-Nachrichten von einer Absatzförderungsabsicht (vergleiche wiederum VwGH 26.06.2013, 2012/03/0089) getragen werden, liegt vor diesem Hintergrund auf der Hand.

Da dem Begriff der Direktwerbung bereits die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen unterstellt werden kann, ist im Beschwerdefall damit hinsichtlich beider E-Mails vom Vorliegen einer Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung auszugehen. Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes muss angenommen werden, dass die Zweitbeschwerdeführerin ua. einen Anreiz dahingehend schaffen wollte, dass das angeschriebene Unternehmen mit den in den E-Mails angeführten XXXX ein XXXX eingeht und dadurch in weiterer Folge die (kostenpflichtigen) Leistungen der Zweitbeschwerdeführerin in Anspruch nimmt. Dazu kommt, dass auch das angeschriebene Unternehmen von einer erfolgreichen Vermittlung profitieren soll, da die XXXX vom XXXX übernommen werden. Da dem Begriff der Direktwerbung bereits die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen unterstellt werden kann, ist im Beschwerdefall damit hinsichtlich beider E-Mails vom Vorliegen einer Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung auszugehen. Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes muss angenommen werden, dass die Zweitbeschwerdeführerin ua. einen Anreiz dahingehend schaffen wollte, dass das angeschriebene Unternehmen mit den in den E-Mails angeführten römisch 40 ein römisch 40 eingeht und dadurch in weiterer Folge die (kostenpflichtigen) Leistungen der Zweitbeschwerdeführerin in Anspruch nimmt. Dazu kommt, dass auch das angeschriebene Unternehmen von einer erfolgreichen Vermittlung profitieren soll, da die römisch 40 vom römisch 40 übernommen werden.

Zusammengefasst beinhalten die vorliegenden E-Mails Informationen zu konkreten Personen, die als XXXX vermittelt werden und auch nach ihrer Einstellung beim XXXX (vgl. ua. II.1.1.: „XXXX Für nähere Informationen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.“). Die E-Mails haben demnach das Ziel, den Empfänger zu überzeugen, mit den angeführten

Personen ein XXXX einzugehen, wovon – neben dem Unternehmen (und dem XXXX ) – auch die Zweitbeschwerdeführerin als Kooperationspartnerin des XXXX profitiert, die ab erfolgreicher Vermittlung einen monatlichen Verwaltungsbeitrag erhält. Zusammengefasst beinhalten die vorliegenden E-Mails Informationen zu konkreten Personen, die als römisch 40 vermittelt werden und auch nach ihrer Einstellung beim römisch 40 vergleiche ua. römisch zwei.1.1.: „ römisch 40 Für nähere Informationen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.“). Die E-Mails haben demnach das Ziel, den Empfänger zu überzeugen, mit den angeführten Personen ein römisch 40 einzugehen, wovon – neben dem Unternehmen (und dem römisch 40 ) – auch die Zweitbeschwerdeführerin als Kooperationspartnerin des römisch 40 profitiert, die ab erfolgreicher Vermittlung einen monatlichen Verwaltungsbeitrag erhält.

Die Qualifikation als Werbung ist für das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerdefall damit evident.

An dieser Einschätzung ändert auch das Vorbringen der Beschwerdeführer, wonach es in den E-Mails um die Erfüllung staatlicher Bedürfnisse (ua. XXXX ) gehe und speziell die Information über staatliche Aufgaben und im Rahmen der Daseinsvorsorge zulässig sein müsse, nichts. An dieser Einschätzung ändert auch das Vorbringen der Beschwerdeführer, wonach es in den E-Mails um die Erfüllung staatlicher Bedürfnisse (ua. römisch 40 ) gehe und speziell die Information über staatliche Aufgaben und im Rahmen der Daseinsvorsorge zulässig sein müsse, nichts.

Vorauszuschicken ist, dass nichts darauf hindeutet, dass die Zweitbeschwerdeführerin – etwa als beliehener Rechtsträger – im Bereich der Hoheitsverwaltung tätig wird, sodass die Strafbarkeit der Erstbeschwerdeführerin nicht aus diesem Grund eingeschränkt sein kann (vgl. zu solchen Konstellationen VfSlg 19.988/2015 sowie VwSlg 13726 A/1992 und VwGH 25.03.2004, 2001/07/0135). Daher ist die Frage der Strafbarkeit der Erstbeschwerdeführerin als unbeschränkt haftende Gesellschafterin und damit außenvertretungsbefugtes Organ der Zweitbeschwerdeführerin entsprechend ihrer Stellung als nicht hoheitlich handelnde Rechtsunterworfenen zu beurteilen. Vorauszuschicken ist, dass nichts darauf hindeutet, dass die Zweitbeschwerdeführerin – etwa als beliehener Rechtsträger – im Bereich der Hoheitsverwaltung tätig wird, sodass die Strafbarkeit der Erstbeschwerdeführerin nicht aus diesem Grund eingeschränkt sein kann vergleiche zu solchen Konstellationen VfSlg 19.988 aus 2015, sowie VwSlg 13726 A/1992 und VwGH 25.03.2004, 2001/07/0135). Daher ist die Frage der Strafbarkeit der Erstbeschwerdeführerin als unbeschränkt haftende Gesellschafterin und damit außenvertretungsbefugtes Organ der Zweitbeschwerdeführerin entsprechend ihrer Stellung als nicht hoheitlich handelnde Rechtsunterworfenen zu beurteilen.

Der Wortlaut des § 107 TKG 2003 bietet aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes – entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen – keine Anhaltspunkte für eine Ausnahme von der Strafbarkeit: Der Wortlaut des Paragraph 107, TKG 2003 bietet aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes – entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerinnen – keine Anhaltspunkte für eine Ausnahme von der Strafbarkeit:

Dazu muss zunächst beachtet werden, dass § 107 Abs. 3 TKG 2003 mehrere ausdrückliche Ausnahmen enthält, bei deren Vorliegen eine vorherige Einwilligung für die Zusendung elektronischer Post gemäß § 107 Abs. 2 TKG 2003 nicht notwendig ist. Keine dieser Ausnahmen wird jedoch im Beschwerdefall verwirklicht (und auch von den Beschwerdeführern nicht geltend gemacht). Dazu muss zunächst beachtet werden, dass Paragraph 107, Absatz 3, TKG 2003 mehrere ausdrückliche Ausnahmen enthält, bei deren Vorliegen eine vorherige Einwilligung für die Zusendung elektronischer Post gemäß Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003 nicht notwendig ist. Keine dieser Ausnahmen wird jedoch im Beschwerdefall verwirklicht (und auch von den Beschwerdeführern nicht geltend gemacht).

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass § 107 Abs. 2 TKG 2003 Empfänger schlechthin vor unerbetener elektronischer Post zu Werbezwecken schützt (es sei denn, die Ausnahmen des § 107 Abs. 3 TKG 2003 kommen zum Tragen; vgl. hingegen zur Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 133/2005, wonach die Zusendung elektronischer Post ua. zu Zwecken der Direktwerbung ausdrücklich nur „an Verbraucher“ unzulässig war). Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003 Empfänger schlechthin vor unerbetener elektronischer Post zu Werbezwecken schützt (es sei denn, die Ausnahmen des Paragraph 107, Absatz 3, TKG 2003 kommen zum Tragen; vergleiche hingegen zur Fassung vor der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 133 aus 2005, „wonach die Zusendung elektronischer Post ua. zu Zwecken der Direktwerbung ausdrücklich nur „an Verbraucher“ unzulässig war).

Dazu kommt schließlich, dass § 107 TKG 2003 auch keine spezifischen Anforderungen betreffend den Absender unerbetener elektronischer Post festlegt. Dazu kommt schließlich, dass Paragraph 107, TKG 2003 auch keine spezifischen Anforderungen betreffend den Absender unerbetener elektronischer Post festlegt.

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass der Verwaltungsgerichtshof zu § 107 Abs. 1 TKG 2003 unter Hinweis auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (vgl. VfSlg 16.688/2002) Folgendes ausgesprochen hat (VwGH 26.06.2013, Zl. 2013/03/0048): „Da das Verbot unerbetener Anrufe nach § 107 Abs 1 TKG bezüglich der geschützten Teilnehmer keine Unterscheidung bezüglich Konsumenten, Unternehmer oder Gewerbetreibende enthält, schützt diese Regelung auch Teilnehmer, wenn sie [...] offensichtlich Gewerbetreibende sind. Eine solche Differenzierung ist in § 107 Abs 1 TKG nicht vorgesehen, vielmehr lässt sich diese Bestimmung davon leiten, dass der jeweilige Teilnehmer Schutz vor unerbetenen Anrufen schlechthin benötigt.“ In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass der Verwaltungsgerichtshof zu Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 unter Hinweis auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (vergleiche VfSlg 16.688 aus 2002,) Folgendes ausgesprochen hat (VwGH 26.06.2013, Zl. 2013/03/0048): „Da das Verbot unerbetener Anrufe nach Paragraph 107, Absatz eins, TKG bezüglich der geschützten Teilnehmer keine Unterscheidung bezüglich Konsumenten, Unternehmer oder Gewerbetreibende enthält, schützt diese Regelung auch Teilnehmer, wenn sie [...] offensichtlich Gewerbetreibende sind. Eine solche Differenzierung ist in Paragraph 107, Absatz eins, TKG nicht vorgesehen, vielmehr lässt sich diese Bestimmung davon leiten, dass der jeweilige Teilnehmer Schutz vor unerbetenen Anrufen schlechthin benötigt.“

Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, dass zwischen der Zweitbeschwerdeführerin und den weiteren Kooperationspartnern kein Wettbewerb dergestalt bestehe, dass die Leistungen der Zweitbeschwerdeführerin gegenüber den Kooperationspartnern hervorgehoben werden würden, ist ihnen entgegenzuhalten, dass nach der zitierten Judikatur Direktwerbung jede Maßnahme umfasst, die dazu dient, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen. Diese Voraussetzungen werden im Beschwerdefall – wie zuvor gezeigt – fraglos erfüllt. Dass darüber hinaus auch noch ein Wettbewerbsverhältnis zu anderen Unternehmen (hier konkret den weiteren Kooperationspartnern des XXXX ) bestehen müsste, um den Tatbestand der Direktwerbung zu erfüllen, vermag das Bundesverwaltungsgericht im Lichte der zitierten Judikatur nicht zu erkennen. Soweit die Beschwerdeführer geltend machen, dass zwischen der Zweitbeschwerdeführerin und den weiteren Kooperationspartnern kein Wettbewerb dergestalt bestehe, dass die Leistungen der Zweitbeschwerdeführerin gegenüber den Kooperationspartnern hervorgehoben werden würden, ist ihnen entgegenzuhalten, dass nach der zitierten Judikatur Direktwerbung jede Maßnahme umfasst, die dazu dient, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen. Diese Voraussetzungen werden im Beschwerdefall – wie zuvor gezeigt – fraglos erfüllt. Dass darüber hinaus auch noch ein Wettbewerbsverhältnis zu anderen Unternehmen (hier konkret den weiteren Kooperationspartnern des römisch 40 ) bestehen müsste, um den Tatbestand der Direktwerbung zu erfüllen, vermag das Bundesverwaltungsgericht im Lichte der zitierten Judikatur nicht zu erkennen.

Die gegenständlichen E-Mails sind demnach – wie auch die belangte Behörde zutreffend argumentiert hat – als Zusendungen zum Zwecke der Direktwerbung zu qualifizieren.

Der objektive Tatbestand des § 107 Abs. 2 TKG 2003 ist im Beschwerdefall damit erfüllt. Der objektive Tatbestand des Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003 ist im Beschwerdefall damit erfüllt.

### 3.6. Zum subjektiven Tatbestand:

#### 3.6.1. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit:

Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Zu den Tatzeitpunkten im September und November 2019 war die Erstbeschwerdeführerin unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Zweitbeschwerdeführerin und zu deren Vertretung nach außen berufen. Ein verantwortlicher Beauftragter der Zweitbeschwerdeführerin wurde nicht geltend gemacht (vgl. II.1.). Zu den Tatzeitpunkten im September und November 2019 war die Erstbeschwerdeführerin unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Zweitbeschwerdeführerin und zu deren Vertretung nach außen berufen. Ein verantwortlicher Beauftragter der Zweitbeschwerdeführerin wurde nicht geltend gemacht (vergleiche römisch zwei.1.).

### 3.6.2. Zum Vorliegen eines Ungehorsamsdeliktes:

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

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, 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. Gemäß Abs. 1a leg.cit. gilt Abs. 1 zweiter Satz nicht, wenn die Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über 50.000 Euro bedroht ist. Gemäß Paragraph 5, Absatz eins, VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, 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. Gemäß Absatz eins a, leg.cit. gilt Absatz eins, zweiter Satz nicht, wenn die Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über 50.000 Euro bedroht ist.

In den Erläuterungen zu dem mit BGBl. I Nr. 57/2018 eingefügten Abs. 1a leg.cit. wird ua. Folgendes festgehalten (vgl. 193 der Beilagen 26. GP): In den Erläuterungen zu dem mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 57 aus 2018, eingefügten Absatz eins a, leg.cit. wird ua. Folgendes festgehalten vergleiche 193 der Beilagen 26. Gesetzgebungsperiode,

„§ 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.“ „§ 5 Absatz eins, 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.“

§ 5 Abs. 1 VStG enthält keine Definition fahrlässigen Verhaltens. Der Fahrlässigkeitsbegriff ist nach hM in Einklang mit dem entsprechenden kriminalstrafrechtlichen Verständnis als ein Komplex von Unrechts- und Schuldkomponenten zu verstehen. Fahrlässiges Handeln setzt in diesem Sinn einen doppelten Sorgfaltsverstoß voraus: Erforderlich ist zum einen (auf Unrechtsebene) die Verletzung einer den Täter situationsbezogen treffenden objektiven Sorgfaltspflicht; die Einhaltung dieser objektiv gebotenen Sorgfaltsanforderungen muss dem Täter aber auch zum anderen nach seinen subjektiven Befähigungen zum Tatzeitpunkt möglich gewesen sein. § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG ordnet der Sache nach an, dass bei fahrlässigen Ungehorsamsdelikten der Verstoß gegen den entsprechenden verwaltungsstrafrechtlichen Rechtsbefehl grundsätzlich Fahrlässigkeit indiziert; der Täter muss diesfalls glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift „kein Verschulden trifft“ (vgl. Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG<sup>2</sup> § 5 [Stand 01.05.2017, rdb.at] Rz 4 und 5 mwN). Paragraph 5, Absatz eins, VStG enthält keine Definition fahrlässigen Verhaltens. Der Fahrlässigkeitsbegriff ist nach hM in Einklang mit dem entsprechenden kriminalstrafrechtlichen Verständnis als ein Komplex von Unrechts- und Schuldkomponenten zu verstehen. Fahrlässiges Handeln setzt in diesem Sinn einen doppelten Sorgfaltsverstoß voraus: Erforderlich ist zum einen (auf Unrechtsebene) die Verletzung einer den Täter situationsbezogen treffenden objektiven Sorgfaltspflicht; die Einhaltung dieser objektiv gebotenen Sorgfaltsanforderungen muss dem Täter aber auch zum anderen nach seinen subjektiven Befähigungen zum Tatzeitpunkt möglich gewesen sein. Paragraph 5, Absatz eins, zweiter Satz VStG ordnet der Sache nach an, dass bei fahrlässigen Ungehorsamsdelikten der Verstoß gegen den entsprechenden verwaltungsstrafrechtlichen Rechtsbefehl grundsätzlich Fahrlässigkeit indiziert; der Täter muss diesfalls glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift „kein Verschulden trifft“ vergleiche Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG<sup>2</sup> Paragraph 5,

[Stand 01.05.2017, rdb.at] Rz 4 und 5 mwN).

Für die gegenständlichen Verwaltungsvorschriften des § 107 Abs. 2 iVm§ 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003 genügt – mangels anderer Anordnung – zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Zudem ist zu beachten, dass § 5 Abs. 1a VStG vorliegend – angesichts der Strafdrohung von bis zu 37.000 Euro – nicht zur Anwendung kommt. Für die gegenständlichen Verwaltungsvorschriften des Paragraph 107, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 109, Absatz 3, Ziffer 20, TKG 2003 genügt – mangels anderer Anordnung – zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Zudem ist zu beachten, dass Paragraph 5, Absatz eins a, VStG vorliegend – angesichts der Strafdrohung von bis zu 37.000 Euro – nicht zur Anwendung kommt.

Da es sich bei der im Beschwerdefall vorgeworfenen Verwaltungsübertretung damit um ein Ungehorsamsdelikt handelt (vgl. konkret zu § 107 Abs. 2 TKG 2003: VwGH 19.12.2013, 2011/03/0198), muss die (für die Zweitbeschwerdeführerin strafrechtlich verantwortliche) Erstbeschwerdeführerin gemäß § 5 Abs. 1 VStG glaubhaft machen, dass sie an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Da es sich bei der im Beschwerdefall vorgeworfenen Verwaltungsübertretung damit um ein Ungehorsamsdelikt handelt vergleiche konkret zu Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003: VwGH 19.12.2013, 2011/03/0198), muss die (für die Zweitbeschwerdeführerin strafrechtlich verantwortliche) Erstbeschwerdeführerin gemäß Paragraph 5, Absatz eins, VStG glaubhaft machen, dass sie an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist es zu einer solchen Glaubhaftmachung erforderlich, dass die Beschuldigte initiativ, von sich aus in substantiiert Form alles darlegt, was für ihre Entlastung spricht, wozu die Darlegung gehört, dass sie Maßnahmen getroffen hat, 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 (siehe VwGH 26.03.2015, 2013/07/0011).

Für die Befreiung von der persönlichen verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung ist es im Einzelfall entscheidend, dass glaubhaft alle Maßnahmen getroffen wurden, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen im Ergebnis mit gutem Grund erwarten lassen, dass die Einhaltung der maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften gewährleistet ist (vgl. zB VwGH 03.03.2020, Ra 2019/04/0125). Zudem muss dargelegt werden, warum trotz der begangenen Übertretungen ein wirksames Kontrollsystem bestehen soll (vgl. VwGH 28.07.1995, 95/02/0275). Für die Befreiung von der persönlichen verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung ist es im Einzelfall entscheidend, dass glaubhaft alle Maßnahmen getroffen wurden, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen im Ergebnis mit gutem Grund erwarten lassen, dass die Einhaltung der maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften gewährleistet ist vergleiche zB VwGH 03.03.2020, Ra 2019/04/0125). Zudem muss dargelegt werden, warum trotz der begangenen Übertretungen ein wirksames Kontrollsystem bestehen soll vergleiche VwGH 28.07.1995, 95/02/0275).

#### 3.6.4. Zum Beschwerdefall:

Die Erstbeschwerdeführerin hat in der Verhandlung angegeben (vgl. Seite 4 der Niederschrift): „Ich möchte schon feststellen, dass mir bewusst ist, dass [der Empfänger] nach dem 1. E-Mail mitgeteilt hat, keine weiteren E-Mails mehr bekommen zu wollen. Wir betreuen ca. XXXX im Jahr. Einer davon hat die [den Empfänger] wiederum ausgewählt. So ist diese Firma wiederum in unser E-Mailsystem quasi hineingerutscht.“ Die Erstbeschwerdeführerin hat in der Verhandlung angegeben vergleiche Seite 4 der Niederschrift): „Ich möchte schon feststellen, dass mir bewusst ist, dass [der Empfänger] nach dem 1. E-Mail mitgeteilt hat, keine weiteren E-Mails mehr bekommen zu wollen. Wir betreuen ca. römisch 40 im Jahr. Einer davon hat die [den Empfänger] wiederum ausgewählt. So ist diese Firma wiederum in unser E-Mailsystem quasi hineingerutscht.“

Das Bestehen eines wirksamen Kontrollsystems macht die Erstbeschwerdeführerin mit diesen Angaben nicht glaubhaft, zumal sie gar nicht behauptet, dass zu den Tatzeitpunkten im September und November 2019 Maßnahmen getroffen wurden, um zu gewährleisten, dass im Ergebnis mit gutem Grund angenommen werden kann, dass E-Mails ausschließlich Personen erreichen, die im Vorhinein eine Einwilligung zum Erhalt von Werbe-E-Mails der Zweitbeschwerdeführerin abgegeben haben.

Dass trotz der Zusendung der gegenständlichen E-Mails an den Empfänger ohne dessen vorherige Einwilligung ein wirksames Kontrollsystem der Zweitbeschwerdeführerin bestand bzw. dieser Umstand ungeachtet eines ansonsten funktionierenden Kontrollsystems auftrat, wird von der Erstbeschwerdeführerin weder in der Beschwerde noch in der

Verhandlung geltend gemacht.

Die Unwirksamkeit des Kontrollsystems indiziert nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fahrlässiges Verhalten. Dieses ist der Erstbeschwerdeführerin auch subjektiv vorzuwerfen, weil sie nicht alle Maßnahmen ergriffen hat, um Fehlerquellen auszuschalten und zB nachzuprüfen, ob bei versendeten E-Mails die Einwilligungen aller Empfänger vorliegen. Es ist angesichts der Umstände des Einzelfalls auch nicht ersichtlich, warum es der Erstbeschwerdeführerin nicht möglich gewesen sein soll, die erforderliche Sorgfalt aufzuwenden. Die Aufwendung der objektiv gebotenen und subjektiv möglichen Sorgfalt war der Erstbeschwerdeführerin daher auch zuzumuten.

Der subjektive Tatbestand ist damit ebenfalls erfüllt. Hierbei ist besonders zu berücksichtigen, dass dieser Aspekt in der Beschwerde nicht speziell bekämpft wird.

### 3.7. Zur Strafe:

#### 3.7.1. Prüfung gemäß § 45 VStG: 3.7.1. Prüfung gemäß Paragraph 45, VStG:

Aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ergibt sich, dass die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG voraussetzt, dass die dort genannten Umstände kumulativ vorliegen. Um daher eine Einstellung des Verfahrens nach dieser Vorschrift oder eine Ermahnung im Sinne des § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG vornehmen zu können, müssen erstens die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, zweitens die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und drittens das Verschulden des Beschuldigten gering sein (vgl. VwGH 25.04.2019, Ra 2018/09/0209). Aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ergibt sich, dass die Anwendung des Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 4, VStG voraussetzt, dass die dort genannten Umstände kumulativ vorliegen. Um daher eine Einstellung des Verfahrens nach dieser Vorschrift oder eine Ermahnung im Sinne des Paragraph 45, Absatz eins, letzter Satz VStG vornehmen zu können, müssen erstens die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, zweitens die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und drittens das Verschulden des Beschuldigten gering sein (vergleiche VwGH 25.04.2019, Ra 2018/09/0209).

Das Verschulden ist 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 nicht von einem geringfügigen Verschulden gesprochen werden (vgl. VwGH 20.03.2018, Ra 2017/03/0092). Das Verschulden ist geringfügig, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vergleiche VwGH 07.04.2017, Ra 2016/02/0245). Bei Fehlen eines funktionierenden Kontrollsystems zur Verhinderung von Übertretungen kann nicht von einem geringfügigen Verschulden gesprochen werden (vergleiche VwGH 20.03.2018, Ra 2017/03/0092).

Schon insoweit – dh. aufgrund des bereits erörterten Fehlens eines wirksamen Kontrollsystems – kann im vorliegenden Fall kein geringes Verschulden der Erstbeschwerdeführerin angenommen werden. Die Einstellung nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG und die Erteilung einer Ermahnung scheitern im gegenständlichen Fall weiters daran, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes in Ansehung des Strafrahmens (bis zu 37.000 Euro) und der Eigenart des geschützten Rechtsgutes (Privatsphäre) nicht als gering zu betrachten ist. Auch die Intensität der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes der Privatsphäre war nicht bloß gering: Der Empfänger fühlte sich durch die Zusendung der E-Mails offensichtlich belästigt und entschloss sich, diesen Sachverhalt der belangten Behörde zur Kenntnis zu bringen. Schon insoweit – dh. aufgrund des bereits erörterten Fehlens eines wirksamen Kontrollsystems – kann im vorliegenden Fall kein geringes Verschulden der Erstbeschwerdeführerin angenommen werden. Die Einstellung nach Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 4, VStG und die Erteilung einer Ermahnung scheitern im gegenständlichen Fall weiters daran, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes in Ansehung des Strafrahmens (bis zu 37.000 Euro) und der Eigenart des geschützten Rechtsgutes (Privatsphäre) nicht als gering zu betrachten ist. Auch die Intensität der Beeinträchtigung des geschützten Rechtsgutes der Privatsphäre war nicht bloß gering: Der Empfänger fühlte sich durch die Zusendung der , E-Mails offensichtlich belästigt und entschloss sich, diesen Sachverhalt der belangten Behörde zur Kenntnis zu bringen.

Andere Einstellungsgründe liegen im Beschwerdefall ebenfalls nicht vor.

#### 3.7.2. Zur Strafhöhe:

3.7.2.1. Gemäß § 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu



37.000 Euro zu bestrafen, wer entgegen § 107 Abs. 2 oder 5 TKG 2003 elektronische Post zusendet. 3.7.2.1. Gemäß Paragraph 109, Absatz 3, Ziffer 20, TKG 2003 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu 37.000 Euro zu bestrafen, wer entgegen Paragraph 107, Absatz 2, oder 5 TKG 2003 elektronische Post zusendet.

Mit den Straftatbeständen des § 109 Abs. 3 TKG 2003 sollen ua. Verhaltensweisen sanktioniert werden, durch die Einflussmöglichkeiten auf die Marktsituation missbraucht werden. Dem Unrechtsgehalt dieser Tatbestände entsprechend soll mit der Festsetzung eines hohen Strafrahmens eine generalpräventive Wirkung erzielt werden (vgl. RV 128 BlgNR 22. GP, 21). Mit den Straftatbeständen des Paragraph 109, Absatz 3, TKG 2003 sollen ua. Verhaltensweisen sanktioniert werden, durch die Einflussmöglichkeiten auf die Marktsituation missbraucht werden. Dem Unrechtsgehalt dieser Tatbestände entsprechend soll mit der Festsetzung eines hohen Strafrahmens eine generalpräventive Wirkung erzielt werden vergleiche Regierungsvorlage 128 BlgNR 22. GP, 21).

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Straferkenntnis (konkret ging es um den Versand von zwei E-Mails) eine Geldstrafe von XXXX je E-Mail verhängt. Die belangte Behörde hat im angefochtenen Straferkenntnis (konkret ging es um den Versand von zwei E-Mails) eine Geldstrafe von römisch 40 je E-Mail verhängt.

3.7.2.2. Bei der Strafbemessung handelt es sich um eine Ermessensentscheidung, die nach den vom Gesetzgeber in § 19 VStG festgelegten Kriterien vorzunehmen ist (VwGH 20.05.2019, Ra 2018/08/0031). 3.7.2.2. Bei der Strafbemessung handelt es sich um eine Ermessensentscheidung, die nach den vom Gesetzgeber in Paragraph 19, VStG festgelegten Kriterien vorzunehmen ist (VwGH 20.05.2019, Ra 2018/08/0031).

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß Abs. 2 leg.cit. sind im ordentlichen Verfahren 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. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß Absatz 2, leg.cit. sind im ordentlichen Verfahren 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 Paragraphen 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

§ 19 unterscheidet zwischen objektiven (Abs. 1) und subjektiven (Abs. 2) Kriterien, die bei der Strafbemessung zu berücksichtigen sind. Folgende objektive Strafbemessungskriterien bilden die Grundlage jeder Strafbemessung: die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Wird – wie gegenständlich – ein ordentliches Verfahren geführt, sind zusätzlich die subjektiven Kriterien des Schuldgehalts 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 und Einkommens-, Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten (vgl. Weilguni in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG<sup>2</sup> § 19 [Stand 1.5.2017, rdb.at] Rz 3, 4 und 8). Paragraph 19, unterscheidet zwischen objektiven (Absatz eins,) und subjektiven (Absatz 2,) Kriterien, die bei der Strafbemessung zu berücksichtigen sind. Folgende objektive Strafbemessungskriterien bilden die Grundlage jeder Strafbemessung: die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Wird – wie gegenständlich – ein ordentliches Verfahren geführt, sind zusätzlich die subjektiven Kriterien des Schuldgehalts 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 und Einkommens-, Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten vergleiche Weilguni in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG<sup>2</sup> Paragraph 19, [Stand 1.5.2017, rdb.at] Rz 3, 4 und 8).

3.7.2.3. Zu den objektiven Kriterien:

Im vorliegenden Fall wurde bereits erörtert (II.3.7.1.), dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes (vgl. dazu auch die zitierten Gesetzesmaterialien zum Unrechtsgehalt der Straftatbestände des § 109 Abs. 3 TKG 2003) und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat nicht bloß als gering einzustufen sind. Im vorliegenden Fall wurde bereits erörtert (römisch zwei.3.7.1.), dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes vergleiche dazu auch die zitierten Gesetzesmaterialien zum Unrechtsgehalt der Straftatbestände des Paragraph 109, Absatz 3, TKG 2003) und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat nicht bloß als gering einzustufen sind.

#### 3.7.2.4. Zu den subjektiven Kriterien:

Zum Ausmaß des Verschuldens:

Im Beschwerdefall wurden zwei E-Mails an einen Empfänger versendet. Auch wenn nicht übersehen wird, dass – wie bereits angesprochen – gegenständlich das Vorliegen eines wirksamen Maßnahmen- und Kontrollsystems nicht dargetan wurde, weshalb schon insoweit nicht von einem bloß geringen Verschulden ausgegangen werden kann, ist das im Rahmen der Strafbemessung zu beachtende Ausmaß des Verschuldens in einer Gesamtbetrachtung im konkreten Fall nicht als gravierend zu bewerten.

Zu den Erschwerungs- und Milderungsgründen:

Der belangten Behörde kann nicht entgegengetreten werden, wenn sie im angefochtenen Straferkenntnis davon ausging, dass keine Erschwerungsgründe vorliegen und mildernd die bisherige Unbescholtenheit der Erstbeschwerdeführerin zu berücksichtigen ist.

Zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen und allgemeinen Sorgepflichten:

Wie festgestellt, ist die Erstbeschwerdeführerin XXXX und hat die festgestellten Einkommensverhältnisse bekanntgegeben. Wie festgestellt, ist die Erstbeschwerdeführerin römisch 40 und hat die festgestellten Einkommensverhältnisse bekanntgegeben.

3.7.2.5. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet vor dem Hintergrund dieser Erwägungen und unter Berücksichtigung des Strafrahmens von 37.000 Euro die von der belangten Behörde verhängte Strafe in der Höhe von XXXX je E-Mail als tat- und schuldangemessen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Strafhöhe bzw. die Strafbemessung von den Beschwerdeführern nicht spezifisch bestritten wird. 3.7.2.5. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet vor dem Hintergrund dieser Erwägungen und unter Berücksichtigung des Strafrahmens von 37.000 Euro die von der belangten Behörde verhängte Strafe in der Höhe von römisch 40 je E-Mail als tat- und schuldangemessen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Strafhöhe bzw. die Strafbemessung von den Beschwerdeführern nicht spezifisch bestritten wird.

#### 3.8. Ergebnis:

Die vorliegende Beschwerde der Erstbeschwerdeführerin und der Zweitbeschwerdeführerin war folglich als unbegründet abzuweisen (Spruchpunkt I.). Die vorliegende Beschwerde der Erstbeschwerdeführerin und der Zweitbeschwerdeführerin war folglich als unbegründet abzuweisen (Spruchpunkt römisch eins.).

#### 3.9. Zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens:

Die Entscheidung über den der Erstbeschwerdeführerin auferlegten Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens erfolgt gemäß § 52 Abs. 1, 2 und Abs. 6 VwGVG (20% der verhängten Strafe, mindestens jedoch EUR 10,00). Die Entscheidung über den der Erstbeschwerdeführerin auferlegten Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens erfolgt gemäß Paragraph 52, Absatz eins, 2 und Absatz 6, VwGVG (20% der verhängten Strafe, mindestens jedoch EUR 10,00).

Die Entscheidung über die Solidarhaftung der Zweitbeschwerdeführerin darüber gründet sich auf § 38 VwGVG iVm 9 Abs. 7 VStG (vgl. die Spruchpunkte II. und III.). Dabei ist die belangte Behörde zu Recht davon ausgegangen, dass die Zweitbeschwerdeführerin für die über die Erstbeschwerdeführerin verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten gemäß § 9 Abs. 7 VStG zu ungeteilten Hand haftet. Denn die Erstbeschwerdeführerin war zu den Tatzeitpunkten zur Vertretung der Zweitbeschwerdeführerin nach außen berufen. Die Entscheidung über die Solidarhaftung der Zweitbeschwerdeführerin darüber gründet sich auf Paragraph 38, VwGVG in Verbindung mit 9 Absatz 7, VStG vergleiche die Spruchpunkte römisch zwei. und römisch drei.). Dabei ist die belangte Behörde zu Recht davon

ausgegangen, dass die Zweitbeschwerdeführerin für die über die Erstbeschwerdeführerin verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten gemäß Paragraph 9, Absatz 7, VStG zu ungeteilten Hand haftet. Denn die Erstbeschwerdeführerin war zu den Tatzeitpunkten zur Vertretung der Zweitbeschwerdeführerin nach außen berufen.

Zu B)

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

Gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine einzelfallbezogene Beurteilung grundsätzlich nicht revisibel, wenn diese Beurteilung auf einer verfahrensrechtlich einwandfreien Grundlage in vertretbarer Weise vorgenommen wurde (siehe zB VwGH 23.09.2020, Ra 2020/02/0209).

Die Revision ist vorliegend nicht zulässig.

Es liegt weder einer der vorgenannten Fälle, noch liegen sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor, zumal die gegenständliche Entscheidung eine auf den konkreten Einzelfall bezogene Beurteilung auf der Grundlage der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes beinhaltet.

#### **Schlagworte**

Belästigung Direktwerbung E - Mail Einwilligung des Empfängers Erkundigungspflicht Ermessen Fahrlässigkeit Geldstrafe Glaubhaftmachung Günstigkeitsvergleich Kontrolle Kontrollsystem Kostenbeitrag mündliche Verhandlung Solidarhaftung Strafbemessung Ungehorsamsdelikt Verschulden Verwaltungsstrafe Verwaltungsstrafverfahren Verwaltungsübertretung vorherige Einwilligung Werbemail Werbung Zurechenbarkeit Zustimmungserfordernis

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2022:W194.2242562.1.00

#### **Im RIS seit**

18.07.2022

#### **Zuletzt aktualisiert am**

18.07.2022

**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)