

TE Bvwg Erkenntnis 2014/6/27 W120 2009118-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 27.06.2014

Entscheidungsdatum

27.06.2014

Norm

B-VG Art.133 Abs4

TKG 2003 §107 Abs1

TKG 2003 §107 Abs2

TKG 2003 §107 Abs3

TKG 2003 §107 Abs3 Z3

TKG 2003 §107 Abs5

TKG 2003 §109 Abs3 Z20

TKG 2003 §113 Abs5a

VStG §64

VStG §9 Abs1

VStG §9 Abs7

VwGVG §27

VwGVG §50

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 § 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 § 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 § 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 § 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. VStG § 64 heute
2. VStG § 64 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VStG § 64 gültig von 15.08.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
4. VStG § 64 gültig von 01.01.2014 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
5. VStG § 64 gültig von 01.07.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
6. VStG § 64 gültig von 01.03.2013 bis 30.06.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
7. VStG § 64 gültig von 01.01.2002 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
8. VStG § 64 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2001

1. VStG § 9 heute
2. VStG § 9 gültig ab 05.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 3/2008
3. VStG § 9 gültig von 01.01.2002 bis 04.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
4. VStG § 9 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. VStG § 9 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

1. VStG § 9 heute
2. VStG § 9 gültig ab 05.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 3/2008
3. VStG § 9 gültig von 01.01.2002 bis 04.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
4. VStG § 9 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. VStG § 9 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

1. VwGVG § 27 heute
2. VwGVG § 27 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
3. VwGVG § 27 gültig von 01.01.2019 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
4. VwGVG § 27 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

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

Spruch

W120 2002340-1/2E

W120 2009118-1/2E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Christian EISNER als Einzelrichter über die Beschwerde 1. des xxxx und 2. des xxxx gegen die Straferkenntnisse des Fernmeldebüros für Wien, Niederösterreich und Burgenland vom 18. April 2013, Zl. BMVIT-631.540/0081-III/FBW/2013, zu Recht erkannt:

A)

Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013 iVm § 113 Abs. 5a Telekommunikationsgesetz (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 96/2013, und § 107 Abs. 2 und Abs. 3 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011 iVm § 38 VwGVG und § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 3/2008, aufgehoben. Der angefochtene Bescheid wird gemäß Paragraph 50, Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013, in Verbindung mit Paragraph 113, Absatz 5 a, Telekommunikationsgesetz (TKG 2003), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 70 aus 2003, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 96 aus 2013,, und Paragraph 107, Absatz 2 und Absatz 3, TKG 2003 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 102 aus 2011, in Verbindung mit Paragraph 38, VwGVG und Paragraph 9, Absatz eins, Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), Bundesgesetzblatt Nr. 52 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 3 aus 2008,, aufgehoben.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 Bundesverfassungsgesetz (B-VG), BGBl. Nr. 1/1930 idF BGBl. I Nr. 164/2013, zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, Bundesverfassungsgesetz (B-VG), Bundesgesetzblatt Nr. 1 aus 1930, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 164 aus 2013,, zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis entschied das Fernmeldebüro für Wien, Niederösterreich und Burgenland (im Folgenden: belangte Behörde), dass die beiden Beschwerdeführer als Geschäftsführer der xxxx, somit als deren außenvertretungsbefugte Organe und gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche zu

verantworten haben, "dass am 25.1.2013 von Ihrem Unternehmen aus eine E-Mail, somit elektronische Post, zu Zwecken der Direktwerbung für ein (Probe) Abonnement der Zeitung "xxxx" an den Empfänger mit der Emailadresse xxxx gesendet wurde (laut Anrede in der E-Mail xxxx)", ohne dass dazu eine Einwilligung zur Zusendung von elektronischer Werbung von xxxx erteilt worden sei. Die E-Mail sei von der Adresse xxxx versendet worden.¹ Mit dem angefochtenen Straferkenntnis entschied das Fernmeldebüro für Wien, Niederösterreich und Burgenland (im Folgenden: belangte Behörde), dass die beiden Beschwerdeführer als Geschäftsführer der xxxx, somit als deren außenvertretungsbefugte Organe und gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche zu verantworten haben, "dass am 25.1.2013 von Ihrem Unternehmen aus eine E-Mail, somit elektronische Post, zu Zwecken der Direktwerbung für ein (Probe) Abonnement der Zeitung "xxxx" an den Empfänger mit der Emailadresse xxxx gesendet wurde (laut Anrede in der E-Mail xxxx)", ohne dass dazu eine Einwilligung zur Zusendung von elektronischer Werbung von xxxx erteilt worden sei. Die E-Mail sei von der Adresse xxxx versendet worden.

Wegen Verstoßes gegen § 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003 wurde über die nunmehrigen Beschwerdeführer jeweils eine Geldstrafe in der Höhe von 700,-- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 12 Stunden) verhängt. Samt des Beitrages zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 70,-- Euro (§ 64 VStG) betrug der zu zahlende Gesamtbetrag daher 770,-- Euro. Gemäß § 9 Abs. 7 VStG wurde verfügt, dass die xxxx für die im Spruch verhängte Strafe und die Kosten zur ungeteilten Hand haftet. Wegen Verstoßes gegen Paragraph 109, Absatz 3, Ziffer 20, TKG 2003 wurde über die nunmehrigen Beschwerdeführer jeweils eine Geldstrafe in der Höhe von 700,-- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 12 Stunden) verhängt. Samt des Beitrages zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 70,-- Euro (Paragraph 64, VStG) betrug der zu zahlende Gesamtbetrag daher 770,-- Euro. Gemäß Paragraph 9, Absatz 7, VStG wurde verfügt, dass die xxxx für die im Spruch verhängte Strafe und die Kosten zur ungeteilten Hand haftet.

2. In ihrer Begründung führte die belangte Behörde nach Wiedergabe des Verfahrensganges insbesondere aus:

2.1. Es sei unbestritten, dass die verfahrensgegenständliche E-Mail von jenem Unternehmen versandt worden sei, deren Geschäftsführer die beiden Beschwerdeführer seien und dass diese zu Zwecken der Direktwerbung für den xxxx versendet worden sei. Die Beschwerdeführer hätten im Verfahren vorgebracht, dass eine Einwilligung vorgelegen sei, die im Zuge zweier Abobestellungen "durch Akzeptieren der AGB und der darin enthaltenen Erklärung erteilt worden" sei. Dem gegenüber habe der Anzeiger und Empfänger der E-Mail in seiner Anzeige ausgeführt, dass er seit 2009 kein Kunde des verfahrensgegenständlichen Unternehmens mehr sei und keine Einwilligung zum Erhalt von Werbe-E-Mails erteilt habe. Unter Bezugnahme auf die einschlägigen Bestimmungen der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation sowie der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG zum Verständnis des Begriffes "Einwilligung" im Sinne des § 107 Abs. 2 TKG 2003 führte die belangte Behörde aus, dass zu prüfen sei, ob die Erklärung in den AGB alle Elemente einer Einwilligung aufweise und ob der geschilderte Vorgang des Akzeptierens der AGB auf der Website des verfahrensgegenständlichen Unternehmens als Erteilung einer Einwilligung im Sinne der vorgenannten sekundärrechtlichen Bestimmungen anzusehen sei. 2.1. Es sei unbestritten, dass die verfahrensgegenständliche E-Mail von jenem Unternehmen versandt worden sei, deren Geschäftsführer die beiden Beschwerdeführer seien und dass diese zu Zwecken der Direktwerbung für den xxxx versendet worden sei. Die Beschwerdeführer hätten im Verfahren vorgebracht, dass eine Einwilligung vorgelegen sei, die im Zuge zweier Abobestellungen "durch Akzeptieren der AGB und der darin enthaltenen Erklärung erteilt worden" sei. Dem gegenüber habe der Anzeiger und Empfänger der E-Mail in seiner Anzeige ausgeführt, dass er seit 2009 kein Kunde des verfahrensgegenständlichen Unternehmens mehr sei und keine Einwilligung zum Erhalt von Werbe-E-Mails erteilt habe. Unter Bezugnahme auf die einschlägigen Bestimmungen der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation sowie der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG zum Verständnis des Begriffes "Einwilligung" im Sinne des Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003 führte die belangte Behörde aus, dass zu prüfen sei, ob die Erklärung in den AGB alle Elemente einer Einwilligung aufweise und ob der geschilderte Vorgang des Akzeptierens der AGB auf der Website des verfahrensgegenständlichen Unternehmens als Erteilung einer Einwilligung im Sinne der vorgenannten sekundärrechtlichen Bestimmungen anzusehen sei.

2.2. Im angefochtenen Bescheid sind die allgemeinen Geschäftsbedingungen der xxxx angeführt. Dort heißt es unter der Überschrift "3. Datenschutz":

"Die Nutzer haben die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes in der gültigen Fassung vollständig einzuhalten. Sie sind damit einverstanden, dass ihre angegebenen Daten, insbesondere bei Teilnahme an Gewinnspielen, von der derxxxx gespeichert und zu Zwecken der eigenen Marktforschung und Werbung verarbeitet werden. Sie sind weiters

mit der Übermittlung von Stammdaten an die xxxx und der mit ihr im Sinne des § 228 UGB verbundenen Unternehmen einverstanden. Die Nutzer stimmen ausdrücklich zu, per Telefon, Fax, E-Mail, SMS, etc. auch in Form von Massensendungen, Newslettern und auch zu Werbezwecken über Aktionen seitens der xxxx informiert zu werden. Diese Zustimmung kann jederzeit widerrufen werden." "Die Nutzer haben die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes in der gültigen Fassung vollständig einzuhalten. Sie sind damit einverstanden, dass ihre angegebenen Daten, insbesondere bei Teilnahme an Gewinnspielen, von der derxxxx gespeichert und zu Zwecken der eigenen Marktforschung und Werbung verarbeitet werden. Sie sind weiters mit der Übermittlung von Stammdaten an die xxxx und der mit ihr im Sinne des Paragraph 228, UGB verbundenen Unternehmen einverstanden. Die Nutzer stimmen ausdrücklich zu, per Telefon, Fax, E-Mail, SMS, etc. auch in Form von Massensendungen, Newslettern und auch zu Werbezwecken über Aktionen seitens der xxxx informiert zu werden. Diese Zustimmung kann jederzeit widerrufen werden."

2.3. Die belangte Behörde führte weiters aus, dass bei einer Online-Bestellung laut Vorbringen des Rechtsvertreters der beiden Beschwerdeführer keine Möglichkeit bestehe, das Abonnement in Anspruch zu nehmen, ohne gleichzeitig die Erklärung im Punkt II.3. der AGB abzugeben. Es müsse das entsprechende Kästchen angehakt werden. Neben diesem Kästchen finde sich folgender Text: "Ja, ich habe die Abo Konditionen und die AGB gelesen und akzeptiert." In der Folge stützte sich die belangte Behörde auf eine Empfehlung der Datenschutzkommission da diese "bezüglich eines ident gelagerten Sachverhaltes zu entscheiden" gehabt habe. In dieser Empfehlung vom 13.07.2012, K212.766/0010-DSK/2012, sprach die Datenschutzkommission in folgender Weise aus: 2.3. Die belangte Behörde führte weiters aus, dass bei einer Online-Bestellung laut Vorbringen des Rechtsvertreters der beiden Beschwerdeführer keine Möglichkeit bestehe, das Abonnement in Anspruch zu nehmen, ohne gleichzeitig die Erklärung im Punkt römisch zwei.3. der AGB abzugeben. Es müsse das entsprechende Kästchen angehakt werden. Neben diesem Kästchen finde sich folgender Text: "Ja, ich habe die Abo Konditionen und die AGB gelesen und akzeptiert." In der Folge stützte sich die belangte Behörde auf eine Empfehlung der Datenschutzkommission da diese "bezüglich eines ident gelagerten Sachverhaltes zu entscheiden" gehabt habe. In dieser Empfehlung vom 13.07.2012, K212.766/0010-DSK/2012, sprach die Datenschutzkommission in folgender Weise aus:

"Wie bereits oben ausgeführt, ist es im hier zu beurteilenden Fall für den Kunden nicht möglich, den angestrebten Vertrag mit der X*** abzuschließen, ohne gleichzeitig die in Punkt 6 der AGB enthaltene Zustimmungserklärung abzugeben. Dieser Umstand ist auch nach Ansicht der Datenschutzkommission mit dem Erfordernis der Freiwilligkeit iSd § 4 Z 14 DSG 2000 und § 8 Abs. 1 Z 2 DSG 2000 nicht vereinbar." "Wie bereits oben ausgeführt, ist es im hier zu beurteilenden Fall für den Kunden nicht möglich, den angestrebten Vertrag mit der X*** abzuschließen, ohne gleichzeitig die in Punkt 6 der AGB enthaltene Zustimmungserklärung abzugeben. Dieser Umstand ist auch nach Ansicht der Datenschutzkommission mit dem Erfordernis der Freiwilligkeit iSd Paragraph 4, Ziffer 14, DSG 2000 und Paragraph 8, Absatz eins, Ziffer 2, DSG 2000 nicht vereinbar.

Dass - wie die X*** betont - dem Kunden ohnedies die Möglichkeit eingeräumt werde, die von ihm zunächst abgegebene Zustimmungserklärung jederzeit wieder zu widerrufen ("Opt-out"), vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern.

Die jederzeitige Widerrufbarkeit ist Voraussetzung dafür, dass eine Zustimmungserklärung als Rechtsgrund für die Verwendung von Daten geeignet ist (vgl §§ 8 Abs 1 Z 2, 9 Abs 1 Z 6 DSG 2000). Sie ändert aber nichts daran, dass die Erklärung vorher freiwillig abgegeben worden sein muss. Die jederzeitige Widerrufbarkeit ist Voraussetzung dafür, dass eine Zustimmungserklärung als Rechtsgrund für die Verwendung von Daten geeignet ist vergleiche Paragraphen 8, Absatz eins, Ziffer 2, 9, Absatz eins, Ziffer 6, DSG 2000). Sie ändert aber nichts daran, dass die Erklärung vorher freiwillig abgegeben worden sein muss.

Hier hat der Kunde nur die Wahl, vom Abschluss des Vertrags Abstand zu nehmen oder die Zustimmungserklärung zu erteilen. Dem kommt deshalb beachtliches Gewicht zu, weil es sich bei dieser Zustimmungserklärung um eine Klausel handelt, die nicht im synallagmatischen Zusammenhang mit den von der X*** angebotenen Leistungen steht, sondern in Wahrheit mit diesen Leistungen überhaupt nichts zu tun hat. Die von der X*** gewählte Gestaltung der AGB führt daher zum Ergebnis, dass auch jene Kunden, die nie bereit wären, eine derartige Zustimmung zu erteilen, aber dennoch den Vertrag abschließen wollen, eine entsprechende Zustimmungserklärung zunächst abgeben müssen, um sie erst in weiterer Folge widerrufen zu können. Dabei stellt hier überdies der Umstand, dass ihnen dafür kein entsprechendes Internet-Formular zur Verfügung steht, ein weiteres Hindernis dar, dass unter Umständen zur

Verlängerung der Wirkung einer nie gewünschten Zustimmung führen kann. Dieses Ergebnis ist mit der - streng zu beurteilenden - Freiwilligkeit datenschutzrechtlicher Zustimmungserklärungen nicht zu vereinbaren.

Die Datenschutzkommission hält daher eine derartige Einbindung datenschutzrechtlicher Zustimmungserklärungen in AGB als nicht zulässig. Vielmehr muss dem Kunden die Möglichkeit gegeben werden, den angestrebten Vertrag auch ohne die Abgabe der datenschutzrechtlichen Zustimmungserklärung abzugeben ("Opt-in"- Lösung), etwa durch eine Gestaltung der AGB, bei der die Zustimmungserklärung gesondert anzuklicken ist."

2.4. Da die Sachverhalte identisch gelagert seien, schloss sich die belangte Behörde der Rechtsansicht der Datenschutzkommission auch im Hinblick auf den Beschwerdefall an und zog die Schlussfolgerung, dass auch hier keine freiwillige Erklärung und damit keine gültige Einwilligung zum Erhalt von elektronischer Werbung vorläge.

2.5. Die belangte Behörde argumentierte weiters, dass die Einwilligungsklausel (Vergleiche Punkt II.3. der zitierten AGB) nicht bestimmt genug abgefasst sei, da sich diese lediglich auf die nicht näher umschriebene "xxxx" beziehe. Es sei nicht ersichtlich, wer zu dieser Gruppe gehöre. Da keine Einschränkung auf jene Unternehmen statuiert werde, die zum Zeitpunkt der Abgabe der Einwilligung in dieser Gruppe zusammengefasst seien, sei nicht absehbar, welchen Unternehmen zukünftig die Daten zugänglich gemacht würden. 2.5. Die belangte Behörde argumentierte weiters, dass die Einwilligungsklausel (Vergleiche Punkt römisch zwei.3. der zitierten AGB) nicht bestimmt genug abgefasst sei, da sich diese lediglich auf die nicht näher umschriebene "xxxx" beziehe. Es sei nicht ersichtlich, wer zu dieser Gruppe gehöre. Da keine Einschränkung auf jene Unternehmen statuiert werde, die zum Zeitpunkt der Abgabe der Einwilligung in dieser Gruppe zusammengefasst seien, sei nicht absehbar, welchen Unternehmen zukünftig die Daten zugänglich gemacht würden.

2.6. Weiters sei die Einwilligung auch nicht mehr aufrecht.

"Selbst wenn man in diesem Fall von einer freiwilligen Erklärung ausgehen wollte, die auch bestimmt genug formuliert ist, ist die Behörde der Ansicht, dass die Einwilligung nicht mehr aufrecht ist. Die Einwilligungsklausel war in den AGB enthalten, die Einwilligung wurde also nicht separat abgegeben. Damit hängt die "Lebensdauer" dieser Einwilligung aber zweifelsohne von der Geltungsdauer der AGB selbst ab. Diese verlieren mit dem Ende eines Vertrages ihre Wirksamkeit. Laut Angaben des Anzeigers ist dieser seit 2009 nicht mehr Kunde Ihres Unternehmens. Dass er noch in einem Vertragsverhältnis zu Ihrem Unternehmen stünde, ist nicht hervorgekommen und wurde von Ihnen auch nicht vorgebracht. Bis 2009 sind die AGB in Geltung gestanden. Danach verlieren sie mangels eines konkreten Vertragsverhältnisses, das sie näher ausgestalten, ihre Wirksamkeit. Dasselbe muss dann natürlich auch für Erklärungen gelten, die nur durch die Akzeptanz der AGB abgegeben wurden. Denkbar wäre eine Klausel, die bestimmten Erklärungen eine Wirkung über die Vertragsdauer hinaus zuschreibt. Eine solche Klausel bezüglich einer Fortdauer findet sich aber weder im Punkt II.3. noch sonst irgendwo in den AGB." "Selbst wenn man in diesem Fall von einer freiwilligen Erklärung ausgehen wollte, die auch bestimmt genug formuliert ist, ist die Behörde der Ansicht, dass die Einwilligung nicht mehr aufrecht ist. Die Einwilligungsklausel war in den AGB enthalten, die Einwilligung wurde also nicht separat abgegeben. Damit hängt die "Lebensdauer" dieser Einwilligung aber zweifelsohne von der Geltungsdauer der AGB selbst ab. Diese verlieren mit dem Ende eines Vertrages ihre Wirksamkeit. Laut Angaben des Anzeigers ist dieser seit 2009 nicht mehr Kunde Ihres Unternehmens. Dass er noch in einem Vertragsverhältnis zu Ihrem Unternehmen stünde, ist nicht hervorgekommen und wurde von Ihnen auch nicht vorgebracht. Bis 2009 sind die AGB in Geltung gestanden. Danach verlieren sie mangels eines konkreten Vertragsverhältnisses, das sie näher ausgestalten, ihre Wirksamkeit. Dasselbe muss dann natürlich auch für Erklärungen gelten, die nur durch die Akzeptanz der AGB abgegeben wurden. Denkbar wäre eine Klausel, die bestimmten Erklärungen eine Wirkung über die Vertragsdauer hinaus zuschreibt. Eine solche Klausel bezüglich einer Fortdauer findet sich aber weder im Punkt römisch zwei.3. noch sonst irgendwo in den AGB."

2.7. In der Folge prüfte die belangte Behörde ob der Tatbestand des§ 107 Abs. 3 TKG 2003 erfüllt sei und führte dazu aus, dass die Voraussetzung der Z 1 und der Z 2 im gegenständlichen Fall "als erfüllt anzusehen" seien. 2.7. In der Folge prüfte die belangte Behörde ob der Tatbestand des Paragraph 107, Absatz 3, TKG 2003 erfüllt sei und führte dazu aus, dass die Voraussetzung der Ziffer eins und der Ziffer 2, im gegenständlichen Fall "als erfüllt anzusehen" seien.

"Die Voraussetzung der Z 1 und Z 2 sind im gegenständlichen Fall als erfüllt anzusehen. Die Voraussetzungen der Z 3 sind aber nicht erfüllt. So wie die Einholung der Einwilligung für die Zusendung von Werbe-E-Mails in den AGB daran scheitert, dass es sich dabei nicht um eine freiwillige Erklärung der betroffenen Person handelt, so ist dadurch auch

nicht die Möglichkeit gegeben gewesen, die Nutzung der elektronischen Kontaktinformation zur Zusendung von elektronischer Post schon bei der Erhebung abzulehnen. Zuerst ist die Einwilligung zu erteilen, um dann widerrufen werden zu können. Eine getrennte Ablehnung der Nutzung einer E-Mailadresse zur Zusendung von elektronischer Werbung ist nicht möglich. Der Bestellvorgang, bei dem die E-Mailadresse angegeben wird, ist als Zeitpunkt der Erhebung der elektronischen Kontaktinformation anzusehen. Zu diesem Zeitpunkt muss daher die Ablehnung der Nutzung möglich sein und nicht erst im Nachhinein. Damit ist aber das Erfordernis der Z 3 nicht erfüllt und somit kommt eine Anwendung des § 107 Abs 3 TKG auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht in Frage." Die Voraussetzung der Ziffer eins und Ziffer 2, sind im gegenständlichen Fall als erfüllt anzusehen. Die Voraussetzungen der Ziffer 3, sind aber nicht erfüllt. So wie die Einholung der Einwilligung für die Zusendung von Werbe-E-Mails in den AGB daran scheitert, dass es sich dabei nicht um eine freiwillige Erklärung der betroffenen Person handelt, so ist dadurch auch nicht die Möglichkeit gegeben gewesen, die Nutzung der elektronischen Kontaktinformation zur Zusendung von elektronischer Post schon bei der Erhebung abzulehnen. Zuerst ist die Einwilligung zu erteilen, um dann widerrufen werden zu können. Eine getrennte Ablehnung der Nutzung einer E-Mailadresse zur Zusendung von elektronischer Werbung ist nicht möglich. Der Bestellvorgang, bei dem die E-Mailadresse angegeben wird, ist als Zeitpunkt der Erhebung der elektronischen Kontaktinformation anzusehen. Zu diesem Zeitpunkt muss daher die Ablehnung der Nutzung möglich sein und nicht erst im Nachhinein. Damit ist aber das Erfordernis der Ziffer 3, nicht erfüllt und somit kommt eine Anwendung des Paragraph 107, Absatz 3, TKG auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht in Frage."

2.8. Es gehöre zu den Pflichten eines verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen Informationen darüber einzuholen, ob der unter Punkt II.3. in den AGB enthaltene Passus rechtskonform sei. Eine derartige Einholung durch die beiden Beschwerdeführer sei offensichtlich unterlassen worden, was als fahrlässiges Verhalten zu werten sei. Da es sich dabei um eine komplexere Rechtsfrage handle, sei eine solche Auskunftseinholung dringend geboten gewesen. Daraus folge, dass dem Beschwerdeführer der Irrtum vorwerfbar sei und von ihm die angelastete Übertretung auch in subjektiver Hinsicht zu vertreten sei.

2.8. Es gehöre zu den Pflichten eines verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen Informationen darüber einzuholen, ob der unter Punkt römisch zwei.3. in den AGB enthaltene Passus rechtskonform sei. Eine derartige Einholung durch die beiden Beschwerdeführer sei offensichtlich unterlassen worden, was als fahrlässiges Verhalten zu werten sei. Da es sich dabei um eine komplexere Rechtsfrage handle, sei eine solche Auskunftseinholung dringend geboten gewesen. Daraus folge, dass dem Beschwerdeführer der Irrtum vorwerfbar sei und von ihm die angelastete Übertretung auch in subjektiver Hinsicht zu vertreten sei.

2.9. Bei der Strafbemessung wurde die bisherige verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit der beiden Beschwerdeführer mildernd berücksichtigt. Erschwerungsgründe seien keine hervorgekommen. Die festgesetzte Strafe entspreche nicht einmal zwei Prozent der gesetzlich vorgesehenen Höchststrafe, sodass aus Sicht der belangten Behörde von einer milden Strafe auszugehen sei.

3. Gegen dieses Straferkenntnis erhoben die Beschwerdeführer jeweils mit Schreiben vom 06.05.2013 fristgerecht Berufung und stellten den Antrag, der Berufung statt zu geben und das Verfahren einzustellen.

3.1. Die Beschwerdeführer wenden sich gegen die Annahme der belangten Behörde, wonach es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen identisch gelagerten Sachverhalt wie bei der von der belangten Behörde herangezogenen Empfehlung der Datenschutzkommission handle. Darüber hinaus sei die Ansicht der Datenschutzkommission nicht auf das TKG 2003 übertragbar, da hier zwei vollkommen verschiedene Rechtsgüter geschützt würden. Aus Sicht der Beschwerdeführer würde auch die Zustimmung gemäß § 4 Z 14 DSG 2000 vorliegen.

3.1. Die Beschwerdeführer wenden sich gegen die Annahme der belangten Behörde, wonach es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen identisch gelagerten Sachverhalt wie bei der von der belangten Behörde herangezogenen Empfehlung der Datenschutzkommission handle. Darüber hinaus sei die Ansicht der Datenschutzkommission nicht auf das TKG 2003 übertragbar, da hier zwei vollkommen verschiedene Rechtsgüter geschützt würden. Aus Sicht der Beschwerdeführer würde auch die Zustimmung gemäß Paragraph 4, Ziffer 14, DSG 2000 vorliegen.

Zur Annahme der belangten Behörde, dass die Einwilligungsklausel nicht bestimmt genug abgefasst sei, argumentieren die Beschwerdeführer, dass dies einerseits vom Gesetzgeber nicht gefordert sei und andererseits die Webseite klar darlege, dass diese Daten nicht an Dritte weiter gegeben würden. Darüber hinaus wenden sich die Beschwerdeführer gegen die Annahme der belangten Behörde, dass die Geltungsdauer eines Vertrages mit

Leistungserbringung enden solle. Die vorliegende Einwilligung sei ohne zeitliche Begrenzung erteilt worden.

3.2. Im vorliegenden Fall sei auch § 107 Abs. 3 TKG 2003 erfüllt. Neben der Erfüllung der Z 1 und Z 2 leg. cit. habe der Empfänger auf den Abschluss des Vertrags verzichten können, und er habe bei der Übertragung durch den rechts unten befindlichen Link zur Abbestellung die weitere Übermittlung kostenfrei und problemlos ablehnen können. Durch den Hinweis darauf, dass die Einwilligung jederzeit widerrufen werden könne, sei den Anzeigern klar und deutlich die Möglichkeit gegeben worden, eine solche Nutzung auch gleich zu widerrufen. Es sei nicht einsichtig, warum gerade bei einer kostenlosen Belieferung mit einem Zeitungsabonnement eine getrennte Ablehnung der Nutzung einer E-Mail Adresse zur Zusendung von elektronischer Werbung dann nicht möglich sein solle, wenn dieses Probe-Abo automatisch ende. Die Zustimmung der Anzeiger sei ohnedies freiwillig erfolgt.

3.2. Im vorliegenden Fall sei auch Paragraph 107, Absatz 3, TKG 2003 erfüllt. Neben der Erfüllung der Ziffer eins und Ziffer 2, leg. cit. habe der Empfänger auf den Abschluss des Vertrags verzichten können, und er habe bei der Übertragung durch den rechts unten befindlichen Link zur Abbestellung die weitere Übermittlung kostenfrei und problemlos ablehnen können. Durch den Hinweis darauf, dass die Einwilligung jederzeit widerrufen werden könne, sei den Anzeigern klar und deutlich die Möglichkeit gegeben worden, eine solche Nutzung auch gleich zu widerrufen. Es sei nicht einsichtig, warum gerade bei einer kostenlosen Belieferung mit einem Zeitungsabonnement eine getrennte Ablehnung der Nutzung einer E-Mail Adresse zur Zusendung von elektronischer Werbung dann nicht möglich sein solle, wenn dieses Probe-Abo automatisch ende. Die Zustimmung der Anzeiger sei ohnedies freiwillig erfolgt.

3.3. Die Beschwerdeführer wenden sich weiters gegen die Annahme der belangten Behörde, dass ihnen Fahrlässigkeit vorzuwerfen sei. Darüber hinaus sei auch das Strafausmaß überhöht.

4. Mit Schreiben vom 03.03.2014 wurde das vorliegende Verfahren dem Bundesverwaltungsgericht übermittelt.

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

Zu Spruchpunkt A):

1. Zum entscheidungsrelevanten Sachverhalt kann auf die Ausführungen im angefochtenen Straferkenntnis verwiesen werden. Es ist im Beschwerdefall insbesondere unstrittig, dass am 25.01.2013 vom Unternehmen der beiden Beschwerdeführer eine E-Mail, somit elektronische Post, zu Zwecken der Direktwerbung für ein (Probe)Abonnement der Zeitung "Der xxxx" an den Empfänger mit der E-Mail Adresse xxxx versendet wurde. Die E-Mail hatte folgenden Inhalt:

"Ihre AboVorteilsNummer: xxxx

Sehr geehrte Frau xxxx,

Sie wissen, welcher Haut-, Frisur-, Musik- oder Frühstückstyp Sie sind. Aber wie gut kennen Sie sich, wenn es um Qualitätsjournalismus geht?

Mit der kleinen Typenkunde des xxxx erfahren Sie, welcher AboTyp Sie sind und was ein xxxx Abonnement speziell für Ihre Interessen und Vorlieben zu

bieten hat.

Hier geht's zu erhellenden Erkenntnissen. Viel Spaß!"

Ebenfalls unstrittig ist, dass sich am Ende des E-Mails ein Link ("News abbestellen") befunden hat.

Es steht weiters fest, dass die Adresse xxxx nicht in die nach § 7 ECG zu führende Liste eingetragen ist. Es steht weiters fest, dass die Adresse xxxx nicht in die nach Paragraph 7, ECG zu führende Liste eingetragen ist.

2. Beweiswürdigend ist insoweit festzuhalten, dass die beiden Beschwerdeführer die im angefochtenen Straferkenntnis getroffenen Feststellungen hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen E-Mails zur Gänze unbestritten lassen. Es wurde insbesondere daher in keiner Weise bestritten, dass das verfahrensgegenständliche E-Mail in der im Straferkenntnis umschriebenen Form tatsächlich versendet wurde.

3. Rechtlich ergibt sich daraus:

3.1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts:

Mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 (BGBl. I Nr. 51/2012) wurde mit 01.01.2014 (Art. 151 Abs. 51 Z 6 BV-

G) das Bundesverwaltungsgericht (Art. 129 B-VG) eingerichtet. Mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 (Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 51 aus 2012,) wurde mit 01.01.2014 (Artikel 151, Absatz 51, Ziffer 6, BV-G) das Bundesverwaltungsgericht (Artikel 129, B-VG) eingerichtet.

Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit. Über Beschwerden gemäß Abs. 1 Z 1 in Verwaltungsstrafsachen hat das Verwaltungsgericht in der Sache selbst zu entscheiden (Art. 130 Abs. 4 B-VG). Gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit. Über Beschwerden gemäß Absatz eins, Ziffer eins, in Verwaltungsstrafsachen hat das Verwaltungsgericht in der Sache selbst zu entscheiden (Artikel 130, Absatz 4, B-VG).

Gemäß § 113 Abs. 5a TKG 2013 idFBGBl. I Nr. 96/2013 kann gegen Bescheide des Bundesministers bzw. der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie, der Fernmeldebüros und des Büros für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen und wegen Verletzung ihrer (seiner) Entscheidungspflicht in Verwaltungssachen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden. Gemäß Paragraph 113, Absatz 5 a, TKG 2013 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 96 aus 2013, kann gegen Bescheide des Bundesministers bzw. der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie, der Fernmeldebüros und des Büros für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen und wegen Verletzung ihrer (seiner) Entscheidungspflicht in Verwaltungssachen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden.

Gemäß § 9 Abs. 2 Z 1 VwGVG ist belangte Behörde in den Fällen des Art. 130 Abs. 1 Z 1. Gemäß Paragraph 9, Absatz 2, Ziffer eins, VwGVG ist belangte Behörde in den Fällen des Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins

B-VG jene Behörde, die den angefochtenen Bescheid erlassen hat - vorliegend sohin das Fernmeldebüro für Wien, Niederösterreich und Burgenland.

Gemäß § 6 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (BVwGG), BGBl. I Nr. 10/2013, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist (im Wesentlichen gleichlautend Art. 135 Abs. 1 B-VG sowie § 2 VwGVG). Die Anordnung einer Senatszuständigkeit enthält das TKG 2003 im Falle von Beschwerden gegen Bescheide der Fernmeldebüros nicht. Gegenständlich liegt somit Einzelrichterzuständigkeit vor. Gemäß Paragraph 6, Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (BVwGG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2013,, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist (im Wesentlichen gleichlautend Artikel 135, Absatz eins, B-VG sowie Paragraph 2, VwGVG). Die Anordnung einer Senatszuständigkeit enthält das TKG 2003 im Falle von Beschwerden gegen Bescheide der Fernmeldebüros nicht. Gegenständlich liegt somit Einzelrichterzuständigkeit vor.

Für den vorliegenden Fall muss ferner davon ausgegangen werden, dass eine bei der bis Ende 2013 zuständigen Behörde eingebrachte "Berufung" mit Einrichtung des Bundesverwaltungsgerichts ab 01.01.2014 einer "Beschwerde" im Sinne von Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG gleichzuhalten ist. Für den vorliegenden Fall muss ferner davon ausgegangen werden, dass eine bei der bis Ende 2013 zuständigen Behörde eingebrachte "Berufung" mit Einrichtung des Bundesverwaltungsgerichts ab 01.01.2014 einer "Beschwerde" im Sinne von Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG gleichzuhalten ist.

3.2. Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht:

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 38 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG in Verwaltungsstrafsachen die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl. Nr. 52/1991, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des II. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes - FinStrG, BGBl. Nr. 129/1958, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen

Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. Gemäß Paragraph 38, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, 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.

3.3. Prüfungsumfang und Entscheidungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts:

§ 27 VwGVG legt den Prüfungsumfang fest und beschränkt diesen insoweit, als das Verwaltungsgericht (bei Bescheidbeschwerden) prinzipiell (Ausnahme: Unzuständigkeit der Behörde) an das Beschwerdevorbringen gebunden ist (vgl. Fister/Fuchs/Sachs, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren [2013], Anm. 1 zu § 27 VwGVG). Konkret normiert die zitierte Bestimmung: "Soweit das Verwaltungsgericht nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, hat es den angefochtenen Bescheid, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und die angefochtene Weisung auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3) zu überprüfen." Paragraph 27, VwGVG legt den Prüfungsumfang fest und beschränkt diesen insoweit, als das Verwaltungsgericht (bei Bescheidbeschwerden) prinzipiell (Ausnahme: Unzuständigkeit der Behörde) an das Beschwerdevorbringen gebunden ist (vergleiche Fister/Fuchs/Sachs, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren [2013], Anmerkung 1 zu Paragraph 27, VwGVG). Konkret normiert die zitierte Bestimmung: "Soweit das Verwaltungsgericht nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, hat es den angefochtenen Bescheid, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und die angefochtene Weisung auf Grund der Beschwerde (Paragraph 9, Absatz eins, Ziffer 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (Paragraph 9, Absatz 3,) zu überprüfen."

Zur Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte in Verwaltungsstrafsachen legt § 50 VwGVG fest: "Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden." Diese Bestimmung wiederholt die in Art. 130 Abs. 4 B-VG vorgesehene (und schon zuvor zitierte) Verpflichtung zur Entscheidung in der Sache und ist insoweit lex specialis gegenüber § 28 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 VwGVG (vgl. Fister/Fuchs/Sachs, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren [2013], Anm. 1 zu § 50 VwGVG). Zur Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte in Verwaltungsstrafsachen legt Paragraph 50, VwGVG fest: "Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG in der Sache selbst zu entscheiden." Diese Bestimmung wiederholt die in Artikel 130, Absatz 4, B-VG vorgesehene (und schon zuvor zitierte) Verpflichtung zur Entscheidung in der Sache und ist insoweit lex specialis gegenüber Paragraph 28, Absatz 3, Satz 2 und Absatz 4, VwGVG (vergleiche Fister/Fuchs/Sachs, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren [2013], Anmerkung 1 zu Paragraph 50, VwGVG).

3.4. Gemäß § 17 und 38 VwGVG sowie § 24 VStG iVm § 39 Abs. 2 AVG wurden die vorliegenden Beschwerdeverfahren aus Gründen der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis verbunden. 3.4. Gemäß Paragraph 17 und 38 VwGVG sowie Paragraph 24, VStG in Verbindung mit Paragraph 39, Absatz 2, AVG wurden die vorliegenden Beschwerdeverfahren aus Gründen der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis verbunden.

3.5. § 107 Telekommunikationsgesetz 2003 (TGK 2003) BGBl. I Nr. 70/2003 in der hier maßgebenden Fassung BGBl. I Nr. 102/2011 lautet: 3.5. Paragraph 107, Telekommunikationsgesetz 2003 (TGK 2003) Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 70 aus 2003, in der hier maßgebenden Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 102 aus 2011, lautet:

"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

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

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

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

3.6. Gemäß § 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu Euro 37.000,- zu bestrafen, wer entgegen § 107 Abs. 2 oder 5 leg. cit. elektronische Post zusendet. 3.6. Gemäß Paragraph 109, Absatz 3, Ziffer 20, TKG 2003 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu Euro 37.000,- zu bestrafen, wer entgegen Paragraph 107, Absatz 2, oder 5 leg. cit. elektronische Post zusendet.

3.7. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass im vorliegenden Fall der Tatbestand des § 107 Abs. 3 TKG 2003 verwirklicht sei. 3.7. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass im vorliegenden Fall der Tatbestand des Paragraph 107, Absatz 3, TKG 2003 verwirklicht sei.

Die belangte Behörde ist im angefochtenen Straferkenntnis davon ausgegangen (Seite 10 des angefochtenen Bescheides), dass die Z 1 und 2 von § 107 Abs. 3 im vorliegenden Fall erfüllt seien. Nicht erfüllt sei im vorliegenden Fall hingegen die Z 3 leg. cit. "So wie die Einholung der Einwilligung für die Zusendung von Werbe-E-Mails in den AGB daran scheitert, dass es sich dabei nicht um eine freiwillige Erklärung der betroffenen Person handelt, so ist dadurch auch nicht die Möglichkeit gegeben gewesen, die Nutzung der elektronischen Kontaktinformation zur Zusendung von elektronischer Post schon bei der Erhebung abzulehnen. Zuerst ist die Einwilligung zu erteilen, um dann widerrufen

werden zu können. Eine getrennte Ablehnung der Nutzung einer E-Mail Adresse zur Zusendung von elektronischer Werbung ist nicht möglich. Der Bestellvorgang, bei dem die E-Mail Adresse angegeben wird, ist als Zeitpunkt der Erhebung der elektronischen Kontaktinformation anzusehen. Zu diesem Zeitpunkt muss daher die Ablehnung der Nutzung möglich sein und nicht erst im Nachhinein."Die belangte Behörde ist im angefochtenen Straferkenntnis davon ausgegangen (Seite 10 des angefochtenen Bescheides), dass die Ziffer eins und 2 von Paragraph 107, Absatz 3, im vorliegenden Fall erfüllt seien. Nicht erfüllt sei im vorliegenden Fall hingegen die Ziffer 3, leg. cit. "So wie die Einholung der Einwilligung für die Zusendung von Werbe-E-Mails in den AGB daran scheitert, dass es sich dabei nicht um eine freiwillige Erklärung der betroffenen Person handelt, so ist dadurch auch nicht die Möglichkeit gegeben gewesen, die Nutzung der elektronischen Kontaktinformation zur Zusendung von elektronischer Post schon bei der Erhebung abzulehnen. Zuerst ist die Einwilligung zu erteilen, um dann widerrufen werden zu können. Eine getrennte Ablehnung der Nutzung einer E-Mail Adresse zur Zusendung von elektronischer Werbung ist nicht möglich. Der Bestellvorgang, bei dem die E-Mail Adresse angegeben wird, ist als Zeitpunkt der Erhebung der elektronischen Kontaktinformation anzusehen. Zu diesem Zeitpunkt muss daher die Ablehnung der Nutzung möglich sein und nicht erst im Nachhinein."

Die belangte Behörde stützt sich für diese Argumentation zur Frage, ob eine Einwilligung im Sinne des§ 107 Abs. 2 TKG 2003 vorliegt auf die Argumentation in der Empfehlung der Datenschutzkommission vom 13.07.2012, GZ: K212.766/0010-DSK/2012. Die Datenschutzkommission stützt ihre Sichtweise, dass in dem von ihr zu beurteilenden Sachverhalt nicht von einer freiwilligen Zustimmungserklärung gesprochen werden kann, darauf, dass der konkrete Vertrag nicht abgeschlossen werden kann, ohne gleichzeitig die in einem Punkt der AGB enthaltene Zustimmungserklärung abzugeben. Der Kunde habe daher nur die Wahl, vom Abschluss des Vertrags Abstand zu nehmen oder die Zustimmungserklärung zu erteilen. "Dem kommt deshalb beachtliches Gewicht zu, weil es sich bei dieser Zustimmungserklärung um eine Klausel handelt, die nicht im synallagmatischen Zusammenhang mit den von der x angebotenen Leistung steht, sondern in Wahrheit mit diesen Leistungen überhaupt nichts zu tun hat. Die von der x gewählte Gestaltung der AGB führt daher zum Ergebnis, dass auch jene Kunden, die nie bereit wären, eine derartige Zustimmung zu erteilen, aber dennoch den Vertrag abschließen wollen, eine entsprechende Zustimmungserklärung zunächst abgeben müssen, um sie erst in weiterer Folge widerrufen zu können."Die belangte Behörde stützt sich für diese Argumentation zur Frage, ob eine Einwilligung im Sinne des Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003 vorliegt auf die Argumentation in der Empfehlung der Datenschutzkommission vom 13.07.2012, GZ: K212.766/0010-DSK/2012. Die Datenschutzkommission stützt ihre Sichtweise, dass in dem von ihr zu beurteilenden Sachverhalt nicht von einer freiwilligen Zustimmungserklärung gesprochen werden kann, darauf, dass der konkrete Vertrag nicht abgeschlossen werden kann, ohne gleichzeitig die in einem Punkt der AGB enthaltene Zustimmungserklärung abzugeben. Der Kunde habe daher nur die Wahl, vom Abschluss des Vertrags Abstand zu nehmen oder die Zustimmungserklärung zu erteilen. "Dem kommt deshalb beachtliches Gewicht zu, weil es sich bei dieser Zustimmungserklärung um eine Klausel handelt, die nicht im synallagmatischen Zusammenhang mit den von der x angebotenen Leistung steht, sondern in Wahrheit mit diesen Leistungen überhaupt nichts zu tun hat. Die von der x gewählte Gestaltung der AGB führt daher zum Ergebnis, dass auch jene Kunden, die nie bereit wären, eine derartige Zustimmung zu erteilen, aber dennoch den Vertrag abschließen wollen, eine entsprechende Zustimmungserklärung zunächst abgeben müssen, um sie erst in weiterer Folge widerrufen zu können."

Aus diesem Grund war aus Sicht der belangten Behörde auch eine Anwendung des§ 107 Abs. 3 TKG 2003 im vorliegenden Fall nicht möglich.Aus diesem Grund war aus Sicht der belangten Behörde auch eine Anwendung des Paragraph 107, Absatz 3, TKG 2003 im vorliegenden Fall nicht möglich.

3.8. Die Zusendung einer elektronischen Post zu Zwecken der Direktwerbung ist gemäß§ 107 Abs. 2 TKG 2003 ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, es sei denn, es lägen die im § 107 Abs. 3 TKG 2003 genannten Voraussetzungen kumulativ (vgl. Singer in Stratil (Hrsg) TKG, Anmerkung 8 zu § 107) vor, wofür die Beschuldigten behauptungs- und beweispflichtig sind (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.03.2009, Zl. 2008/03/0008).3.8. Die Zusendung einer elektronischen Post zu Zwecken der Direktwerbung ist gemäß Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003 ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, es sei denn, es lägen die im Paragraph 107, Absatz 3, TKG 2003 genannten Voraussetzungen kumulativ vergleiche Singer in Stratil (Hrsg) TKG, Anmerkung 8 zu Paragraph 107,) vor, wofür die Beschuldigten behauptungs- und beweispflichtig sind vergleiche dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.03.2009, Zl. 2008/03/0008).

Wie unter II.1. ausgeführt, ist im Beschwerdefall unstrittig, dass elektronische Post zu Zwecken der Direktwerbung

zugesendet wurde. Die belangte Behörde ist im angefochtenen Straferkenntnis davon ausgegangen, dass der unter II.3. enthaltene "Zustimmungspassus" in den AGB von der xxxx nicht als Einwilligung des Empfängers zur Zusendung einer elektronischen Post im Sinne von § 107 Abs. 2 TKG 2003 zu dienen, geeignet sei. Wie zuvor wiedergegeben, scheitert aus denselben Gründen aus Sicht der belangten Behörde auch eine Anwendung des § 107 Abs. 3 Z 3 TKG 2003 im vorliegenden Fall. Wie unter römisch zwei.1. ausgeführt, ist im Beschwerdefall unstrittig, dass elektronische Post zu Zwecken der Direktwerbung zugesendet wurde. Die belangte Behörde ist im angefochtenen Straferkenntnis davon ausgegangen, dass der unter römisch zwei.3. enthaltene "Zustimmungspassus" in den AGB von der xxxx nicht als Einwilligung des Empfängers zur Zusendung einer elektronischen Post im Sinne von Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003 zu dienen, geeignet sei. Wie zuvor wiedergegeben, scheitert aus denselben Gründen aus Sicht der belangten Behörde auch eine Anwendung des Paragraph 107, Absatz 3, Ziffer 3, TKG 2003 im vorliegenden Fall.

3.9. Gemäß § 107 Abs. 3 Z 3 TKG 2003 muss der Empfänger sowohl bei der Erhebung der elektronischen Kontaktinformation als auch zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos die Möglichkeit erhalten, klar und deutlich diese Nutzung der elektronischen Kontaktinformation abzulehnen. 3.9. Gemäß Paragraph 107, Absatz 3, Ziffer 3, TKG 2003 muss der Empfänger sowohl bei der Erhebung der elektronischen Kontaktinformation als auch zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos die Möglichkeit erhalten, klar und deutlich diese Nutzung der elektronischen Kontaktinformation abzulehnen.

3.10. Für die Sicht der belangten Behörde sprechen gute Gründe, insbesondere der die Richtlinie tragende Gedanke, Teilnehmer gegen die Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten zu schützen. Bei Zutreffen dieser Sichtweise, ist im Ergebnis schon im Zeitpunkt der Erhebung der Kontaktinformation, eine eindeutige Handlung des (späteren) Empfängers erforderlich: er muss unabhängig vom Zustandekommen des Vertrags die separat vorgesehene Möglichkeit ungenutzt lassen, die Nutzung der elektronischen Kontaktinformation abzulehnen.

3.11. Schon der divergierende Wortlaut von Abs. 2 "ohne vorherige Einwilligung des Empfängers" und Abs. 3 "klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen 3.11. Schon der divergierende Wortlaut von Absatz 2, "ohne vorherige Einwilligung des Empfängers" und Absatz 3, "klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen

Kontaktinformation bei deren Erhebung ... kostenfrei und problemlos

abzulehnen" zeigt aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes, dass in Abs. 2 und Abs. 3 leg. cit. nicht dasselbe Kalkül normiert wurde. Abgesehen davon kann dem Gesetzgeber aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts nicht unterstellt werden, dass er mit § 107 Abs. 3 Z 3 einen Tatbestand geschaffen hat, der im Ergebnis dieselben Voraussetzungen normierte, wie § 107 Abs. 2 TKG 2003, zumal Abs. 3 gerade dann zur Anwendung kommen soll, wenn eine vorherige Zustimmung für die Zusendung elektronischer Post gemäß Abs. 2 nicht vorliegt bzw. soll eine solche bei Erfüllung von Abs. 3 leg. cit. eben nicht erforderlich sein. Die Notwendigkeit der Vorsehung einer ausdrücklichen Möglichkeit (etwa durch Anhängen eines "Extrakästchens"), die Nutzung im vorgenannten Sinn abzulehnen, liefe aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes aber gerade auf eine Parallelität von Abs. 2 und Abs. 3 Z 3 TKG 2003 hinaus und würde Abs. 3 leg. cit. nahezu jeglichen Anwendungsbereich nehmen. Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes sprechen auch verfassungsrechtliche Überlegungen gegen die Annahme der belangten Behörde. Aus Sicht des Verfassungsgerichtshofes liegt eine dem rechtsstaatlichen Gebot widerstrebende Unbestimmtheit dann vor, wenn entweder die Umschreibung des strafbaren Verhaltens im einzelnen Tatbestand undeutlich wäre oder das Verhältnis der Tatbestände zueinander nicht geklärt werden könnte (vgl. dazu VfSlg. 8695; sowie allgemein zu den Determinierungsanforderungen im Strafrecht, Rill, Art 18 B-VG in Kneihls/Lienbacher [Hg], Rill-Schäffer-Kommentar [1. Lfg 2001] Rz 65). Dieser Gedanke hat auch im vorliegenden Fall zu gelten, wiewohl es nicht um die Auslegung des Tatbestandes des § 107 Abs. 2 TKG 2003 sondern um § 107 Abs. 3 Z 3 leg. cit. geht. Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes könnte bei Zutreffen der Auslegung der belangten Behörde jedenfalls das Verhältnis der Tatbestände (Abs. 2 und Abs. 3) zueinander nicht geklärt werden. Ein derart enges Verständnis von "klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren abzulehnen" zeigt aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes, dass in Absatz 2 und Absatz 3, leg. cit. nicht dasselbe Kalkül normiert wurde. Abgesehen davon kann dem Gesetzgeber aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts nicht unterstellt werden, dass er mit Paragraph 107, Absatz 3, Ziffer 3, einen Tatbestand geschaffen hat, der im Ergebnis dieselben Voraussetzungen normierte, wie Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003, zumal Absatz 3, gerade dann zur Anwendung kommen soll, wenn eine vorherige Zustimmung für die Zusendung elektronischer Post gemäß Absatz 2, nicht vorliegt

bzw. soll eine solche bei Erfüllung von Absatz 3, leg. cit. eben nicht erforderlich sein. Die Notwendigkeit der Vorsehung einer ausdrücklichen Möglichkeit (etwa durch Anhängen eines "Extraktstempels"), die Nutzung im vorgenannten Sinn abzulehnen, ließe aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes aber gerade auf eine Parallelität von Absatz 2 und Absatz 3, Ziffer 3, TKG 2003 hinaus und würde Absatz 3, leg. cit. nahezu jeglichen Anwendungsbereich nehmen. Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes sprechen auch verfassungsrechtliche Überlegungen gegen die Annahme der belangten Behörde. Aus Sicht des Verfassungsgerichtshofes liegt eine dem rechtsstaatlichen Gebot widerstreitende Unbestimmtheit dann vor, wenn entweder die Umschreibung des strafbaren Verhaltens im einzelnen Tatbestand undeutlich wäre oder das Verhältnis der Tatbestände zueinander nicht geklärt werden könnte (vergleiche dazu VfSlg. 8695; sowie allgemein zu den Determinierungsanforderungen im Strafrecht, Rill, Artikel 18, B-VG in Kneib/Lienbacher [Hg], Rill-Schäffer-Kommentar [1. Lfg 2001] Rz 65). Dieser Gedanke hat auch im vorliegenden Fall zu gelten, wiewohl es nicht um die Auslegung des Tatbestandes des Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003 sondern um Paragraph 107, Absatz 3, Ziffer 3, leg. cit. geht. Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes könnte bei Zutreffen der Auslegung der belangten Behörde jedenfalls das Verhältnis der Tatbestände (Absatz 2 und Absatz 3,) zueinander nicht geklärt werden. Ein derart enges Verständnis von "klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren

Erhebung ... kostenfrei und problemlos abzulehnen" im Sinne der

Einräumung einer speziellen Ablehnungsmöglichkeit, hätte aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes vor dem Hintergrund des Art. 18 B-VG vom Gesetzgeber aber deutlicher zum Ausdruck gebracht werden müssen. Für das Bundesverwaltungsgericht sprechen daher die besseren Gründe für die Annahme, dass der Adressat bei der Kontakterhebung über die Verwendung ausreichend informiert werden muss und darauf hingewiesen werden muss, dass er - kostenfrei und problemlos - diese Verwendung auch ablehnen kann. Gegen die Sichtweise der belangten Behörde spricht auch, dass der Gesetzgeber ausdrücklich ein bestimmtes Kalkül für diese Ablehnung normiert. Diese muss kostenfrei und problemlos möglich sein. Das deutet aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes auch daraufhin, dass aus Sicht des Gesetzgebers ein bestimmter Spielraum bestehen soll, innerhalb dessen diese Ablehnungsmöglichkeit rechtskonform eingeräumt werden kann. Einräumung einer speziellen Ablehnungsmöglichkeit, hätte aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes vor dem Hintergrund des Artikel 18, B-VG vom Gesetzgeber aber deutlicher zum Ausdruck gebracht werden müssen. Für das Bundesverwaltungsgericht sprechen daher die besseren Gründe für die Annahme, dass der Adressat bei der Kontakterhebung über die Verwendung ausreichend informiert werden muss und darauf hingewiesen werden muss, dass er - kostenfrei und problemlos - diese Verwendung auch ablehnen kann. Gegen die Sichtweise der belangten Behörde spricht auch, dass der Gesetzgeber ausdrücklich ein bestimmtes Kalkül für diese Ablehnung normiert. Diese muss kostenfrei und problemlos möglich sein. Das deutet aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes auch daraufhin, dass aus Sicht des Gesetzgebers ein bestimmter Spielraum bestehen soll, innerhalb dessen diese Ablehnungsmöglichkeit rechtskonform eingeräumt werden kann.

Auch Art. 13 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation [Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation] idF der Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25. November 2009 steht dazu jedenfalls nicht in Widerspruch. Erwägungsgrund 41 der vorgenannten Richtlinie lautet: Auch Artikel 13, der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation [Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation] in der Fassung der Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25. November 2009 steht dazu jedenfalls nicht in Widerspruch. Erwägungsgrund 41 der vorgenannten Richtlinie lautet:

"Im Rahmen einer bestehenden Kundenbeziehung ist es vertretbar, die Nutzung elektronischer Kontaktinformationen zuzulassen, damit ähnliche Produkte oder Dienstleistungen angeboten werden; dies gilt jedoch nur für dasselbe Unternehmen, das auch die Kontaktinformationen gemäß der Richtlinie 95/46/EG erhalten hat. Bei der Erlangung der Kontaktinformationen sollte der Kunde über deren weitere Nutzung zum Zweck der Direktwerbung klar und eindeutig unterrichtet werden und die Möglichkeit erhalten, diese Verwendung abzulehnen. Diese Möglichkeit sollte ferner mit jeder weiteren als Direktwerbung gesendeten Nachricht gebührenfrei angeboten werden, wobei Kosten für die Übermittlung der Ablehnung nicht unter die Gebührenfreiheit fallen."

3.12. Fraglich ist im vorliegenden Zusammenhang, ob im konkreten Fall bei der Erlangung der Kontaktinformation die

Möglichkeit im Sinne des Erwägungsgrundes eingeräumt wurde, die Verwendung abzulehnen. Dass eine Unterrichtung im Sinne des Erwägungsgrundes über die weitere Nutzung zum Zweck der Direktwerbung erfolgte, liegt aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes auf der Hand.

Unbestritten ist im Beschwerdefall, dass an der Adresse xxxx, ein Testabonnement des xxxx lautend auf xxxx für den Zeitraum 15.01.2007 bis 11.02.2007 sowie ein bezahltes Abo an xxxx, für den Zeitraum 17.02.2007 bis 22.07.2009 ausgeliefert wurden. Bei beiden Bestellungen wurde jene E-Mail Adresse angegeben, an die der verfahrensgegenständliche Newsletter geschickt wurde. In beiden Fällen wurden jene allgemeinen Geschäftsbedingungen akzeptiert, die unter Punkt II.3. den in Rede stehenden Passus enthielten (wiedergegebenen unter I.2.2). Das verfahrensgegenständliche E-Mail ist an Frau xxxx adressiert. Wie zuvor dargestellt, wurde von dieser ein Testabo für den Zeitraum vom 15.01.2007 bis zum 11.02.2007 bezogen. Bei dieser Bestellung des kostenlosen Probeabonnements wurden vom nunmehrigen Empfänger der elektronischen Post die Kontaktinformation für die Nachricht gegeben, sodass davon ausgegangen werden kann, dass der Absender diese Kontaktinformation für die Nachricht im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat (vgl. § 107 Abs. 3 Z 1 TKG 2003). Auf Grund des unter II.1. wiedergegebenen Inhaltes des verfahrensgegenständlichen E-Mails steht auch fest, dass diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene Produkte des xxxx erfolgte (vgl. § 107 Abs. 3 Z 2 TKG 2003). Auch die belangte Behörde ist im angefochtenen Straferkenntnis davon ausgegangen, dass die vorgenannten Z 1 und Z 2 leg. cit. erfüllt seien. Unbestritten ist im Beschwerdefall, dass an der Adresse xxxx, ein Testabonnement des xxxx lautend auf xxxx für den Zeitraum 15.01.2007 bis 11.02.2007 sowie ein bezahltes Abo an xxxx, für den Zeitraum 17.02.2007 bis 22.07.2009 ausgeliefert wurden. Bei beiden Bestellungen wurde jene E-Mail Adresse angegeben, an die der verfahrensgegenständliche Newsletter geschickt wurde. In beiden Fällen wurden jene allgemeinen Geschäftsbedingungen akzeptiert, die unter Punkt römisch zwei.3. den in Rede stehenden Passus enthielten (wiedergegebenen unter römisch eins.2.2). Das verfahrensgegenständliche E-Mail ist an Frau xxxx adressiert. Wie zuvor dargestellt, wurde von dieser ein Testabo für den Zeitraum vom 15.01.2007 bis zum 11.02.2007 bezogen. Bei dieser Bestellung des kostenlosen Probeabonnements wurden vom nunmehrigen Empfänger der elektronischen Post die Kontaktinformation für die Nachricht gegeben, sodass davon ausgegangen werden kann, dass der Absender diese Kontaktinformation für die Nachricht im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat (vergleiche Paragraph 107, Absatz 3, Ziffer eins, TKG 2003). Auf Grund des unter römisch zwei.1. wiedergegebenen Inhaltes des verfahrensgegenständlichen E-Mails steht auch fest, dass diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene Produkte des xxxx erfolgte (vergleiche Paragraph 107, Absatz 3, Ziffer 2, TKG 2003). Auch die belangte Behörde ist im angefochtenen Straferkenntnis davon ausgegangen, dass die vorgenannten Ziffer eins und Ziffer 2, leg. cit. erfüllt seien.

3.13. Aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum zweiten Tatbestandselement des § 107 Abs. 3 Z 3 - "Empfänger klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der 3.13. Aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum zweiten Tatbestandselement des Paragraph 107, Absatz 3, Ziffer 3, - "Empfänger klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der

elektronischen Kontaktinformation ... und zusätzlich bei jeder

Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen" - (vgl. das Erkenntnis vom 24.05.2012, ZI.2010/03/0056) ergibt sich, dass der Empfänger dann nicht klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine Nutzung der elektronischen Kontaktinformation im Zusammenhang mit der (weiteren) Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen, wenn für den durchschnittlichen Empfänger keineswegs klar und deutlich sein musste, bei der konkreten Gestaltung dieser Ablehnungsmöglichkeit (im Beschwerdefall befand sich am Ende der SMS die Wortfolge "STOP" an [eine näher bezeichnete Telefonnummer]), dass er durch Übersendung dieser Wortfolge an die genannte Nummer weitere Zusendungen verhindern könne. Aus Sicht des Verwaltungsgerichtshofes hätte es dazu einer eindeutigen Information des Empfängers über die Bedeutung dieser Wortfolge bedurft. Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen" - (vergleiche das Erkenntnis vom 24.05.2012, ZI. 2010/03/0056) ergibt sich, dass der Empfänger dann nicht klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine Nutzung der elektronischen Kontaktinformation im Zusammenhang mit der (weiteren) Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen, wenn für den durchschnittlichen Empfänger keineswegs klar und deutlich sein musste, bei der konkreten Gestaltung dieser Ablehnungsmöglichkeit (im Beschwerdefall befand sich am Ende der SMS die Wortfolge "STOP" an [eine näher bezeichnete Telefonnummer]), dass

er durch Übersendung dieser Wortfolge an die genannte Nummer weitere Zusendungen verhindern könne. Aus Sicht des Verwaltungsgerichtshofes hätte es dazu einer eindeutigen Information des Empfängers über die Bedeutung dieser Wortfolge bedurft.

Im Beschwerdefall ist aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes diese Vorgabe des Verwaltungsgerichtshofes im Zusammenhang mit der Erhebung der Kontaktinformation durch die Gestaltung des "Passus" unter Punkt II.3. der verfahrensgegenständlichen AGB erfüllt. Vor dem Hintergrund der spezifischen Konstellation im vorliegenden Beschwerdefall, wo die Kontaktinformationen zur Erlangung eines kostenlosen Probeabonnements abgegeben wurden, sprechen aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes in dieser spezifischen Konstellation die besseren Gründe entgegen der Sichtweise der belangten Behörde für die Annahme, dass dem Empfänger klar und deutlich die Möglichkeit gegeben wurde, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren Erhebung kostenfrei und problemlos abzulehnen. So war unter Punkt III.5. der AGB ausdrücklich - wie auch auf der Bestellseite - eine E-Mailadresse genannt. Unter der Überschrift Kündigung des Abonnement war unter Punkt III.5. der AGB u. a. die Möglichkeit angeführt, dieses Abonnement per E-Mail an xxxx zu kündigen. Für den Beschwerdeführer war es daher ohne Aufwand und somit kostenfrei und problemlos möglich, die in Rede stehende Nutzung der elektronischen Kontaktinformation abzulehnen. Im Beschwerdefall ist aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes diese Vorgabe des Verwaltungsgerichtshofes im Zusammenhang mit der Erhebung der Kontaktinformation durch die Gestaltung des "Passus" unter Punkt römisch zwei.3. der verfahrensgegenständlichen AGB erfüllt. Vor dem Hintergrund der spezifischen Konstellation im vorliegenden Beschwerdefall, wo die Kontaktinformationen zur Erlangung eines kostenlosen Probeabonnements abgegeben wurden, sprechen aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes in dieser spezifischen Konstellation die besseren Gründe entgegen der Sichtweise der belangten Behörde für die Annahme, dass dem Empfänger klar und deutlich die Möglichkeit gegeben wurde, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren Erhebung kostenfrei und problemlos abzulehnen. So war unter Punkt römisch drei.5. der AGB ausdrücklich - wie auch auf der Bestellseite - eine E-Mailadresse genannt. Unter der Überschrift Kündigung des Abonnement war unter Punkt römisch drei.5. der AGB u. a. die Möglichkeit angeführt, dieses Abonnement per E-Mail an xxxx zu kündigen. Für den Beschwerdeführer war es daher ohne Aufwand und somit kostenfrei und problemlos möglich, die in Rede stehende Nutzung der elektronischen Kontaktinformation abzulehnen.

Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes kann im vorliegenden Fall, in dem der Empfänger der Nachricht seine Kontaktinformationen unter den geschilderten Umständen abgegeben hat - anders als in dem der Empfehlung der Datenschutzkommission zu Grunde gelegenen Fall, kann nicht davon gesprochen werden, dass die in Rede stehende "Zustimmungsklausel" nicht im synallagmatischen Zusammenhang mit den von der xxxx angebotenen Leistungen stand - nicht argumentiert werden, dass es ihm nicht möglich gewesen sei, die Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei der Erhebung kostenfrei und problemlos abzulehnen.

3.14. Durch den am Ende des verfahrensgegenständlichen E-Mails befindlichen Link "News abbestellen" war aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes auch vor dem Hintergrund der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. das Erkenntnis vom 24.05.2012, Zl. 2010/03/0056) für den durchschnittlichen Empfänger klar und deutlich, dass er die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation auch bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen. 3.14. Durch den am Ende des verfahrensgegenständlichen E-Mails befindlichen Link "News abbestellen" war aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes auch vor dem Hintergrund der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vergleiche das Erkenntnis vom 24.05.2012, Zl. 2010/03/0056) für den durchschnittlichen Empfänger klar und deutlich, dass er die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation auch bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen.

3.15. Unstrittig ist im Beschwerdefall auch, dass der Empfänger die Zusendung nicht von vornherein, insbesondere nicht durch Eintragung in die in § 7 Abs. 2 E-Commerce-Gesetz genannte Liste, abgelehnt hat. 3.15. Unstrittig ist im Beschwerdefall auch, dass 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.

3.16. Da somit im Beschwerdefall eine vorherige Zustimmung für die Zusendung elektronischer Post gemäß § 107 Abs. 2 TKG 2003 nicht notwendig war, erfolgte auch die Bestrafung der beiden Beschwerdeführer zu unrecht. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich auch ein Eingehen auf die Frage, ob im vorliegenden Fall eine "vorherige Einwilligung des Empfängers" vorgelegen hat. 3.16. Da somit im Beschwerdefall eine vorherige Zustimmung für die Zusendung elektronischer Post gemäß Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003 nicht notwendig war, erfolgte auch die Bestrafung der

beiden Beschwerdeführer zu unrecht. Vor diesem Hintergrund erübrigt sich auch ein Eingehen auf die Frage, ob im vorliegenden Fall eine "vorherige Einwilligung des Empfängers" vorgelegen hat.

Zu Spruchpunkt B):

Gemäß § 25a Abs. 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG), BGBl. Nr. 10/1985 idF BGBl. I Nr. 122/2013, 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, Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG), Bundesgesetzblatt Nr. 10 aus 1985, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 122 aus 2013,, 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.

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

Da aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage der Auslegung von § 107 Abs. 3 Z 3 TKG 2003, konkret zur Auslegung der Wendung "bei deren Erhebung ... problemlos abzulehnen", fehlt, ist die Revision im vorliegenden Fall zulässig. Da aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage der Auslegung von Paragraph 107, Absatz 3, Ziffer 3, TKG 2003, konkret zur Auslegung der Wendung "bei deren Erhebung ... problemlos abzulehnen", fehlt, ist die Revision im vorliegenden Fall zulässig.

Schlagworte

Einwilligung des Empfängers, Fehlverhalten, Kognitionsbefugnis,
Prüfungsumfang, Strafbemessung, Werbeanruf, Werbemail

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W120.2009118.1.00

Zuletzt aktualisiert am

19.08.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at