



# BVwG

Bundesverwaltungsgericht  
Republik Österreich

Postadresse:

Erdbergstraße 192 – 196

1030 Wien

Tel: +43 1 601 49 – 0

Fax: + 43 1 711 23-889 15 41

E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.at

www.bvwg.gv.at

## E N T S C H E I D U N G S D A T U M

2 7 . 0 1 . 2 0 2 2

G E S C H Ä F T S Z A H L

W 1 4 8 2 2 4 7 9 7 6 - 1 / 9 E

W 1 4 8 2 2 4 8 1 6 4 - 1 / 9 E

## I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Dr. KEZNICKL als Einzelrichter über die Beschwerde 1. des XXXX , Geschäftsführer der XXXX Verlagsgesellschaft m.b.H., geb. XXXX und 2. der XXXX Verlagsgesellschaft m.b.H., FN XXXX , beide vertreten durch BAKER McKenzie Rechtsanwälte LLP & Co KG in 1010 Wien, gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros (Fernmeldebehörde Republik Österreich) vom XXXX , GZ. XXXX , betreffend Übertretungen des Telekommunikationsgesetzes 2003 zu Recht:

### A)

**I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

**II. Die Strafnorm lautet § § 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003 idF BGBl. I 16/2020.**

**III. Gemäß § 52 Abs. 2 VwGVG hat der BF einen Beitrag zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 220 Euro, das sind 20% der verhängten Geldstrafe, zu leisten.**

**IV. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 9 Abs. 7 VStG haftet die XXXX Verlagsgesellschaft m.b.H. zur ungeteilten Hand.**

### B)

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

## Entscheidungsgründe:

### **I. Verfahrensgang:**

1. Am 22.05.2020 langte bei der belangten Behörde eine Anzeige hinsichtlich (insgesamt) zehn E-Mails der XXXX Verlagsgesellschaft m.b.H. (Absender) vom 26.02.2020, 04.03.2020, 11.03.2020, 19.03.2020, 25.03.2020, 01.04.2020, 09.04.2020, 15.04.2020, 29.04.2020 und 06.05.2020 ein. In der Anzeige wurde darauf verwiesen, dass der Anzeiger (Empfänger) von der XXXX Verlagsgesellschaft m.b.H. E-Mails bekomme, obwohl er zuvor (nämlich am 21.02.2020 um 13:51:31 Uhr) per Mail um Löschung seiner Daten ersucht habe und ihm per E-Mail (von der Mail-Adresse datenschutz@ XXXX .at) bestätigt worden sei, dass seine Daten gelöscht worden seien. In der Beilage wurden die zehn gegenständlichen E-Mails sowie ua. ein E-Mail des Absenders mit dem Betreff „Ihr Löschersuchen gem. Art. 17 DSGVO“ vom 21.02.2020 übermittelt.

2. Mit Schreiben vom 25.01.2021 forderte die belangte Behörde den Beschwerdeführer (im Folgenden: BF) als Geschäftsführer der XXXX Verlagsgesellschaft m.b.H. in seiner Funktion als verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichen nach § 9 Abs. 1 VStG zur Rechtfertigung auf.

3. Ebenfalls mit Schreiben der belangten Behörde vom 25.01.2021 wurde das betroffene Unternehmen, XXXX Verlagsgesellschaft m.b.H. (im Folgenden auch: „haftende Gesellschaft“), dem Verfahren (gem. § 9 Abs. 7 VStG) beigezogen und diesem die gleiche Aufforderung zur Rechtfertigung übermittelt.

4. Am 15.03.2021 übermittelte der BF eine Rechtfertigung an die belangte Behörde. Darin bestritt er die sachliche Zuständigkeit der belangten Behörde und das Vorliegen einer Verwaltungsübertretung. Insbesondere wurde darauf verwiesen, dass es sich bei den Newslettern um redaktionelle Beiträge handle, welche nicht als Werbung qualifiziert werden können. Außerdem habe der BF ein Abonnement abgeschlossen und dieses nicht gekündigt, weshalb er die E-Mails erhalte.

5. Am XXXX erließ die belangte Behörde unter der XXXX das gegenständlich angefochtene Straferkenntnis mit folgendem Spruch (dem Rechtsvertreter zugestellt am 6.10.2021):

*„Sie waren während der ua Zeitpunkte Geschäftsführer der XXXX m.b.H., XXXX FN 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 10 (zehn) E-Mails, somit elektronische Post, zu Zwecken der*

Direktwerbung für die online unter *www.XXXX.at* bereitgestellten Inhalte (Onlineausgabe des XXXX ) an Herrn XXXX E-Mailadresse *XXXX@gmx.at*, gesendet wurden, obwohl Herr XXXX am 21.02.2020, 13:51:31 Uhr per E-Mail von *datenschutz@XXXX.at* die Löschung seiner personenbezogenen Daten – wozu auch seine E-Mailadresse gehört – bestätigt wurde. Die Zusendung der unten angeführten Nachrichten war somit von keiner Einwilligung des Empfängers getragen. Die Zusendungen der Nachrichten erfolgten nach der Löschungsbestätigung, und zwar:

1. am 26.02.2020 16:13:19 Uhr, XXXX , Betreff: XXXX
2. am 04.03.2020 16:56:42 Uhr, XXXX Betreff: XXXX
3. am 11.03.2020 16:44:40 Uhr, von XXXX Betreff XXXX
4. am 19.03.2020 15:49:55 Uhr, von XXXX , Betreff: XXXX
5. am 25.03.2020 16:33:24 Uhr, von XXXX Betreff XXXX
6. am 01.04.2020 15:09:16 Uhr, von XXXX Betreff XXXX
7. am 09.04.2020 15:19:15 Uhr, XXXX Betreff XXXX
8. am 15.04.2020 15:52:56 Uhr, von XXXX Betreff: XXXX
9. am 29.04.2020 14:50:06 Uhr, von XXXX Betreff XXXX
10. am 06.05.2020 16:03:00 Uhr, von XXXX Betreff: XXXX

Sie haben dadurch folgende zu den Tatzeitpunkten geltende Rechtsvorschriften verletzt:  
§ 107 Abs 2 Telekommunikationsgesetz 2003 - TKG 2003 BGBl I 70/2003 idF BGBl I 78/2018; § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 - VStG

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist,	Gemäß
1.100,-- Euro	Ersatzfreiheitsstrafe von 22 Stunden	§ 109 Abs 3 Z 20 TKG 2003 idF BGBl I 16/2020

Weitere Verfügungen (z.B. Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft, Haftungsausspruch etc.):  
Die XXXX m.b.H., XXXX , FN XXXX , haftet gem § 9 Abs 7 VStG für die verhängte Strafe, die Verfahrenskosten und die sonstigen in Geld bemessenen Unrechtsfolgen zur ungeteilten Hand.

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

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

6. Ebenfalls mit Schreiben vom XXXX wurde das Straferkenntnis der haftenden Gesellschaft unter Hinweis auf § 9 Abs. 7 VStG zugestellt.

7. Am 03.11.2021 erhob der BF, vertreten durch seinen Rechtsanwalt, Beschwerde gegen das Straferkenntnis und stellte die Anträge, der Beschwerde Folge zugeben, den bekämpften Bescheid zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

8. Die belangte Behörde übermittelte dem Bundesverwaltungsgericht mit hg. am 05.11.2021 eingelangter Beschwerdevorlage den gegenständlichen Verwaltungsakt.

In diesem Schriftsatz führt die belangte Behörde im Wesentlichen Folgendes aus: Dem Vorbringen des BF, die belangte Behörde habe nicht zu jedem Newsletter inhaltliche Feststellungen getroffen, weshalb dies einen sekundären Feststellungsmangel begründe, tritt die belangte Behörde entschieden dagegen. Die belangte Behörde habe ausgeführt, aus welchen Umständen sich der Direktwerbecharakter ergebe. Auch habe die belangte Behörde ausführlich dargelegt, warum das Löschungsersuchen des Empfängers in Bezug auf die Newsletterzusendungen einen entsprechenden Erklärungswert habe entfalten müssen.

9. Die für 27.01.2022 anberaumte öffentliche mündliche Beschwerdeverhandlung wurde abberaumt, weil alle Parteien einen ausdrücklichen Verhandlungsverzicht abgegeben haben. Mit der Ladung zur (abberaumten) mündlichen Verhandlung wurde dem BF und der haftenden Gesellschaft der Inhalt der Beschwerdevorlage zur Kenntnis gebracht. Eine Äußerung dazu ist bis dato trotz Gelegenheit nicht eingelangt.

## **II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:**

### **1. Feststellungen:**

Der BF ist seit XXXX bis dato Geschäftsführer der XXXX Verlagsgesellschaft m.b.H., eingetragen zu FN XXXX beim XXXX , und zur Vertretung des Unternehmens nach außen berufen. Ein verantwortlicher Beauftragter wurde im Unternehmen nicht bestellt. Die haftende Gesellschaft hat ihren Sitz in XXXX .

Der BF verfügt über durchschnittliche Vermögens- und Einkommensverhältnisse. Er hat keine Unterhalts- oder Sorgepflichten.

Die oben im Verfahrensgang (Punkt I.5.) angeführten zehn Mails werden zum festgestellten Sachverhalt erhoben und im Weiteren genau inhaltlich beschrieben.

Die E-Mail-Adresse XXXX @email XXXX .at ist dem Unternehmen XXXX Verlagsgesellschaft m.b.H. zuzurechnen. Das Unternehmen bietet verschiedene kostenpflichtige Abonnements, wie beispielsweise das Digital- und Print- Abo, Tages-Abo, PUR-Abo sowie kostenlose tägliche und wöchentliche Newsletter zu verschiedenen Themen an. Für den Erhalt von kostenlosen Newslettern ist die Erstellung eines User-Accounts sowie die Eintragung der E-Mail-Adresse des Anmelders auf der Website des Unternehmens und der anschließenden Bestätigung der Anmeldung über einen Link in der automatisch generierten E-Mail (sog. „double opt-in“-Verfahren), welche im Anschluss an die Registrierung der E-Mail-Adresse auf der Website des Unternehmens an die eingetragene E-Mail-Adresse versendet wird, erforderlich. Das Unternehmen sendet nach erfolgter Anmeldung zum Newsletter per E-Mail regelmäßig den bestellten Newsletter aus.

Der verfahrensgegenständliche wöchentliche Newsletter „ XXXX “ wird in Form eines gewöhnlichen Textes in einer E-Mail versendet. Dabei handelt es sich, wie nachstehend näher ausgeführt, um eine Mail-Nachricht mit (niederschwelligem) Informationsgehalt. Die E-Mails bestehen aus einer Betreffzeile, einem Kopfbereich, einem Hauptbereich sowie einem Fußbereich. Die Betreffzeile des Newsletters enthält eine Topmeldung der Woche. Im Kopfbereich wird rechtsbündig auf die Möglichkeit zum Öffnen des Newsletters in einem Browser verwiesen. Darüber hinaus beginnt der Newsletter zweitweise mit der Topmeldung der Woche im Kopfbereich. Der Hauptbereich ist abwechslungsreich gestaltet und enthält sowohl Schlagzeilen mit Bildern als auch solche ohne Bilder, jedoch jeweils mit einem kurzen Einleitungssatz. Die Schlagzeilen und Bilder sind jeweils mit einem Hyperlink hinterlegt, welcher mit der Website der haftenden Gesellschaft verbunden ist, sodass der Benutzer durch das Anklicken der jeweiligen Schlagzeile bzw. des jeweiligen Bildes zum jeweiligen Artikel auf der Website der haftenden Gesellschaft gelangt. Auch die Werbungen im Werbebanner sind jeweils mit einem Link hinterlegt, durch dessen Aufruf der Besucher direkt zum jeweiligen Angebot gelangt.

Am Ende des Hauptbereiches der E-Mails befindet sich der Hinweis „*Jetzt weiterlesen auf XXXX .at*“. Dieser Hinweis ist besonders hervorgehoben und wie bereits festgestellt als Hyperlink hinterlegt. Durch das Anklicken auf den Link gelangt man zur Website des Unternehmens, wobei ein Pop-Up-Fenster dem Abonnenten zwei verschiedene Möglichkeiten zur Nutzung des Onlinedienstes des Unternehmens anbietet: Zum einen bekommt der Abonnent die Möglichkeit, sich für das kostenpflichtige Abonnement „ XXXX .at XXXX “ zu registrieren, wobei man mit diesem Abonnement die Website des Unternehmens ohne Werbung und Daten-Tracking besuchen kann. Zum anderen kann die Website ohne Abschluss des vorgeschlagenen Abonnements, jedoch mit Zustimmung zur Verwendung von Cookies für Webanalyse und personalisierte Werbemaßnahmen besucht werden.

Im Fußbereich der E-Mail ist neben dem Impressum ein Link zur Abbestellung (Unsubscribe) des Newsletters zu finden. Ein bestellter Newsletter kann sowohl über diesen Link oder per E-Mail an die haftende Gesellschaft abbestellt werden. Beide Wege führen – normaler Weise – zu einem Löschen der diesbezüglichen Daten bzw. Beendigung des Abonnements für den Newsletter.

Der verfahrensgegenständliche Empfänger der Newsletter hat zu einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt auf der Website des Unternehmens ein Benutzerkonto erstellt, um z.B. auch in User-Foren Kommentare zu Zeitungsartikeln verfassen zu können und sich eigeninitiativ am 04.02.2020 für den kostenlosen Newsletter „ XXXX “ angemeldet. Dafür hat er jeweils seine eigene E-Mail-Adresse, bestehend aus seinem Vor- und Nachnamen, eingetragen und eine Einwilligung zur Verarbeitung seiner E-Mail-Adresse zu den genannten Zwecken erteilt. Weitere personenbezogene Daten waren für die Anlegung des Benutzerkontos sowie die Anmeldung zum Newsletter „ XXXX “ nicht erforderlich. Das Unternehmen verfügte daher lediglich über die E-Mail-

Adresse des Empfängers. Nachdem einige Kommentare des Empfängers (möglicherweise aufgrund von Verstößen gegen die Forenrichtlinien) entfernt wurden, ersuchte der Empfänger per E-Mail um die Löschung seiner Daten per Mail (mit dem Text „*Bitte löschen Sie meine Daten*“). Das formlose Ersuchen gelangte der haftenden Gesellschaft zur Kenntnis. Der BF hat somit seine zuvor erteilte Einwilligung in die Verarbeitung seiner E-Mail-Adresse mit seinem eindeutigen Löschungsbegehren widerrufen. Die haftende Gesellschaft bestätigte dem Empfänger mit E-Mail vom 21.02.2020 (von der Adresse datenschutz@ XXXX .at) die Löschung seiner personenbezogenen Daten in Bezug auf sein Abonnement (Wörtlich: „*Sehr geehrter Herr XXXX , wir bestätigen Ihnen die Löschung Ihrer personenbezogenen Daten, die wir auf der Grundlage der Vertragserfüllung aufgrund Ihres Abonnements verarbeitet haben.*“). Die E-Mail-Adresse des Empfängers wurde aus nicht mehr feststellbaren Gründen hierauf jedoch nicht (vollständig) aus dem System der haftenden Gesellschaft gelöscht. Ausgehend von der E-Mail-Adresse XXXX @email. XXXX at wurden nämlich die hier gegenständlichen zehn E-Mails an den Empfänger weiterhin zugesendet.

Es wird festgestellt, dass für die Versendung der gegenständlichen Newsletter per E-Mail, welche nach der Löschungsbestätigung durch das Unternehmen ausgesendet wurden, keine Einwilligung des Empfängers vorlag.

Zwischen dem Empfänger und dem BF bzw. dem Unternehmen bestand zum Zeitpunkt des Versandes der verfahrensgegenständlichen E-Mail-Nachrichten keine aufrechte Vertragsbeziehung (mehr).

## **2. Beweiswürdigung:**

Die Feststellungen ergeben sich aus dem angefochtenen Straferkenntnis, aus der Beschwerde, aus dem offenen Firmenbuch und aus dem Vorbringen des BF und der haftenden Gesellschaft sowie aus dem verwaltungsbehördlichen Akt.

Dass der BF Geschäftsführer des gegenständlichen Unternehmens und zu dessen Vertretung berufen ist, ergibt sich aus dem offenen Firmenbuchauszug (vom 27.10.2022). Es wurde nicht vorgebracht, dass ein verwaltungsstrafrechtlicher Beauftragter nach § 9 Abs. 2 VStG bestellt wurde, der BF ist daher Haftender nach § 9 Abs. 1 VStG, weil er organschaftlich (Geschäftsführer) die haftende Gesellschaft vertritt.

Zu den durchschnittlichen Vermögen- und Einkommensverhältnissen des BF sowie zu den nicht bestehenden Sorge- und Unterhaltspflichten hat der BF trotz zweimaliger Möglichkeit (vor der belangten Behörde und vor dem Bundesverwaltungsgericht) nichts vorgebracht bzw. blieben die diesbezüglichen Feststellungen im angefochtenen Bescheid unbestritten.

Zu den zehn gegenständlichen Mails („Newslettern“) wird einleitend festgestellt, dass sie auf Tatsachenebene völlig unstrittig sind. Ebenso unstrittig ist der Umstand der Löschungsbitte des Empfängers und die anschließende Bestätigung durch eine Mitarbeiterin der haftenden Gesellschaft. Es konnte ihnen daher gefolgt werden. Die Feststellungen zum verfahrensgegenständlichen Newsletter „XXXX“, insbesondere zu dessen Aufbau und Inhalten, stützen sich auf die Kopien dieser Mails, die der Empfänger der belangten Behörde vorgelegt hat. Die Angaben zur Anlegung des Benutzerkontos und zur Bestellung des Abonnements stützen sich auf die mit der Anzeige (samt Ergänzungen) der belangten Behörde übermittelten E-Mails durch den Empfänger.

Die sonstigen Feststellungen zum verfahrensgegenständlichen Empfänger bzw. zu dessen Aktivitäten auf der Website des Unternehmens (Anlegung eines Benutzerkontos, Verfassen von Kommentaren zu den Zeitungsartikeln, Entfernung einiger seiner Kommentare durch das Unternehmen) ergeben sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde, welche in der Beschwerde nicht bestritten werden.

Dass sich der Empfänger für den Newsletter „XXXX“ in Eigeninitiative angemeldet hat, ergibt sich aus dem Umstand, dass für die Zusendung des Newsletters eine eigenständige Anmeldung durch Eintragung der eigenen E-Mail-Adresse erforderlich ist. Auch der Empfänger führte in seiner Anzeige nicht aus, sich nicht für den Newsletter angemeldet zu haben, weshalb die entsprechende Feststellung getroffen werden konnte. Dass der Empfänger sich am genannten Datum für den Newsletter angemeldet hat, ergibt sich aus den Ausführungen des BF in seiner Rechtfertigung vom 15.03.2021.

Die Feststellung zum Abmeldeversuch des Empfängers gründet sich auf die nachvollziehbaren Angaben des Empfängers in der Anzeige sowie auf die Löschungsbestätigung. Die Feststellung zur Löschungsbestätigung stützt sich auf die gemeinsam mit der Anzeige vom 21.02.2020 der belangten Behörde vorgelegten E-Mail des BF mit der E-Mail-Adresse XXXX an die Adresse des Empfängers vom 15.03.2021.

Die Feststellungen zu den Möglichkeiten der Abbestellung des Newsletters gründen auf dem Vorbringen in der Beschwerde (Punkt 12 und 13).

Im Verfahren ist nicht strittig, dass die E-Mail-Adresse des Empfängers hinsichtlich der Versendung vom Newsletter „XXXX“ nach Erhalt der Löschungsbestätigung durch den Empfänger nicht aus dem System des Unternehmens gelöscht wurde.

Der BF bringt dazu jedoch vor, dass der Empfänger mit seinem Löschungsbegehren das Newsletter-Abonnement „XXXX“ nicht gekündigt habe, weshalb er weitere E-Mails vom BF bzw. Unternehmen erhalten habe. In der Rechtfertigung vom 15.03.2021 führte der BF in dieser

Hinsicht lediglich aus, dass die Löschung auch einen Widerruf der Zustimmung zu Werbe-Newsletter inkludiere. Auf Tatsachenebene blieben diese Feststellungen jedoch unbestritten.

Ob es sich bei den verfahrensgegenständlichen E-Mails um Werbe-Newsletter oder um redaktionelle Newsletter handelt, ist eine Rechtsfrage (vgl. unten). Gleiches gilt für die datenschutzrechtlichen Ausführungen des BF.

### **3. Rechtliche Beurteilung:**

#### **Spruchpunkt A)**

Die am 03.11.2021 erhobene und bei der belangten Behörde am selben Tag eingelangte Beschwerde war rechtzeitig und zulässig; sie ist jedoch nicht begründet.

#### **3.1. Zu den gesetzlichen Grundlagen:**

Die verfahrensgegenständlich relevanten §§ 107 und 109 des Telekommunikationsgesetzes 2003 (TKG 2003) idF BGBl. I Nr. 78/2018 (bezogen auf die in Rede stehenden Tatzeitpunkte im Februar, März, April und Mai 2020), welche im Wesentlichen mit jenen des TKG 2021, idF BGBl. I Nr. 190/2021, inhaltsgleich sind, lauten auszugsweise:

#### ***„Unerbetene Nachrichten***

#### **§ 107. [...]**

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

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

- 1. der Absender die Kontaktinformation für die Nachricht im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat und*
- 2. diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt und*
- 3. der Empfänger klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen und*
- 4. der Empfänger die Zusendung nicht von vornherein, insbesondere nicht durch Eintragung in die in § 7 Abs. 2 E-Commerce-Gesetz genannte Liste, abgelehnt hat.*

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

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



1. die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird, oder
2. die Bestimmungen des § 6 Abs. 1 E-Commerce-Gesetz verletzt werden, oder
3. der Empfänger aufgefordert wird, Websites zu besuchen, die gegen die genannte Bestimmung verstoßen oder
4. keine authentische Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann.

[...]“

### **„Verwaltungsstrafbestimmungen**

#### **§ 109. [...]**

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

[...]

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

[...]“.

Es ist gem. § 1 Abs. 2 VStG festzuhalten, dass die oben angeführten Bestimmungen des TKG 2003 zum Tatzeitraum (und zum Entscheidungszeitpunkt des angefochtenen Strafbescheides) anwendbar waren. Die mit 01.11.2021 in Kraft getretenen Nachfolgebestimmungen des TKG 2021 (§ 174 Abs. 3 als Verbotsnorm und 188 Abs. 4 Z 28 als Strafnorm) sind inhaltlich gleichlautend mit der Maßgabe, dass der Strafrahmen nunmehr auf 50 000 EUR erhöht wurde, somit nicht günstiger ist als der des TKG 2003. Ferner ist auf § 212 TKG 2021 (Übergangsbestimmung) hinzuweisen, wonach das bisherige TKG 2003 anwendbar bleibt.

Ferner gelten folgende unionsrechtliche Vorgaben.

Das in den Gesetzesmaterialien (Vorblatt und Erläuterungen der RV 128 Blg NR 22. GP) zur Erlassung des TKG 2003 zitierte Unionsrecht, Artikel 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 (ABl L 201 vom 31.7.2002, S 37) lautet folgt:

#### **"Artikel 13**

##### **Unerbetene Nachrichten**

*(1) Die Verwendung von automatischen Anrufsystemen ohne menschlichen Eingriff (automatische Anrufmaschinen), Faxgeräten oder elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung darf nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer gestattet werden.*

*(2) Ungeachtet des Absatzes 1 kann eine natürliche oder juristische Person, wenn sie von ihren Kunden im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produkts oder einer Dienstleistung gemäß der Richtlinie 95/46/EG deren elektronische Kontaktinformationen für elektronische Post erhalten hat, diese zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen verwenden, sofern die Kunden klar und deutlich die Möglichkeit erhalten, eine solche Nutzung ihrer elektronischen Kontaktinformationen bei deren Erhebung und bei jeder Übertragung gebührenfrei und problemlos abzulehnen, wenn der Kunde diese Nutzung nicht von vornherein abgelehnt hat.*

*(3) Die Mitgliedstaaten ergreifen geeignete Maßnahmen, um - gebührenfrei für die Teilnehmer - sicherzustellen, dass außer in den in den Absätzen 1 und 2 genannten Fällen unerbetene Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung, die entweder ohne die Einwilligung der betreffenden Teilnehmer erfolgen oder an Teilnehmer gerichtet sind, die keine solchen Nachrichten erhalten möchten, nicht gestattet sind; welche dieser Optionen gewählt wird, ist im innerstaatlichen Recht zu regeln.*

*(4) Auf jeden Fall verboten ist die Praxis des Versendens elektronischer Nachrichten zu Zwecken der Direktwerbung, bei der die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine gültige Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann.*

*(5) Die Absätze 1 und 3 gelten für Teilnehmer, die natürliche Personen sind. Die Mitgliedstaaten tragen im Rahmen des Gemeinschaftsrechts und der geltenden einzelstaatlichen Rechtsvorschriften außerdem dafür Sorge, dass die berechtigten Interessen anderer Teilnehmer als natürlicher Personen in Bezug auf unerbetene Nachrichten ausreichend geschützt werden."*

Die in dieser Datenschutzrichtlinie angesprochenen Artikel 7 und 8 der Charta der Grundrechte („GRC“) der Europäischen Union (ABl 2010 C 83, 389; GRC) lauten:

*"Artikel 7*

*Achtung des Privat- und Familienlebens*

*Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation."*

*"Artikel 8*

### *Schutz personenbezogener Daten*

*(1) Jede Person hat das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten.*

*(2) Diese Daten dürfen nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden.*

*Jede Person hat das Recht, Auskunft über die sie betreffenden erhobenen Daten zu erhalten und die Berichtigung der Daten zu erwirken.*

*(3) Die Einhaltung dieser Vorschriften wird von einer unabhängigen Stelle überwacht."*

Die im Zusammenhang dieser Unionsgrundrechte ua maßgebliche Bestimmung des Art 52 Abs 1 GRC lautet:

*"Artikel 52*

#### *Tragweite und Auslegung der Rechte und Grundsätze*

*(1) Jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten muss gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen. [...]"*

#### 3.2. Zum angefochtenen Bescheid:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis stellte die belangte Behörde gegenüber dem BF die Begehung einer Verwaltungsübertretung gemäß § 107 Abs. 2 iVm § 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003 (vgl dazu § 174 Abs. 3 iVm 188 Abs. 4 Z 28 Telekommunikationsgesetz 2021 in der nunmehr geltenden Fassung BGBl. I Nr. 190/2021) fest, verhängte über ihn eine Geldstrafe in der Höhe von 1.100 Euro und verfügte einen Betrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von 110 Euro (insgesamt entstand damit ein zu zahlender Gesamtbetrag in der Höhe von 1.210 Euro). Weiters enthielt das Straferkenntnis einen Haftungsausspruch gegenüber der haftenden Gesellschaft.

#### 3.3. Zur vorliegenden Beschwerde:

Das gegenständliche Straferkenntnis wurde seinem gesamten Umfang nach wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit und Verfahrensmangel angefochten. In der Beschwerde wurde insbesondere ausgeführt, dass es sich beim verfahrensgegenständlichen Newsletter „ XXXX “ um keine

Werbung, sondern um eigenständige, journalistisch aufbereitete Beiträge handle. Darüber hinaus habe das Löschbegehren des Empfängers keinen ausdrücklichen Widerruf seiner durch die Bestellung von „XXXX“ erteilten Einwilligung beinhaltet. Folglich habe das Unternehmen die E-Mail-Adresse des Empfängers weiterverarbeiten dürfen, da er sein Abonnement weder ausdrücklich, noch konkludent gekündigt gehabt habe. Die Einwilligung des Empfängers zur Zusendung sei aufrecht gewesen.

### 3.4. Zum objektiven Tatbestand:

3.4.1. 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.

Folgende Tatbestandsmerkmale sind daher zu prüfen.

#### 3.4.2. „Zusendung einer elektronischen Post“:

Im Beschwerdefall steht fest, dass die verfahrensgegenständlichen E-Mail-Nachrichten ausgehend von der E-Mail-Adresse des Unternehmens dem Empfänger zugesendet wurden (vgl. II.1.).

#### 3.4.3. „Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung“:

Die Beschwerde bestreitet, dass die gegenständlichen E-Mails den Zweck der Direktwerbung gehabt hätten. Vielmehr würden diese E-Mails einen raschen Überblick über die wichtigsten Themen der Woche bieten und den Abonnenten einen kurzen Einblick in das aktuelle Geschehen ermöglichen. Daher sei der Newsletter „XXXX“ keine Werbung für ein Produkt und habe daher nicht den Zweck, die Konsumation weiterer Inhalte anzureizen. Auch eine klassische Absatzförderung läge nicht vor, da die Lektüren auf der Website des Unternehmens kostenfrei seien. Der Zweck des Newsletters sei auch nicht die Steigerung des Bekanntheitsgrades des Unternehmens und seiner Leistungen.

Diesem Vorbringen kann aus den folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

Der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist zum Begriff der „Direktwerbung“ zunächst Folgendes zu entnehmen (vgl. 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.*

*„Direktwerbung“ umfasst nach allgemeinem Sprachgebrauch alle Formen der individuellen werblichen Kommunikation zwischen Anbietern und ausgewählten (potentiellen) Nachfragern, die nicht persönlich, sondern durch ein Medium erfolgt (vgl. Brockhaus Enzyklopädie21; Gabler*

*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).“

Ferner hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen (VwGH 19.12.2013, Zl. 2011/03/0198) (Anm: Hervorhebung durch den Verfasser): „[...] dabei hindert auch die Gestaltung als Newsletter oder Informations-Mail die Qualifikation als Werbung nicht (vgl OGH vom 30. September 2009, Zl 7 Ob168/09w).

Die weite Definition und die angeführte höchstgerichtliche Judikatur haben gezeigt, dass nur wenige Inhalt *nicht* als Werbung bezeichnet werden können (vgl. *Riesz in Riesz/Schilchegger*, Telekommunikationsgesetz (2016), § 107 Rz 28). Daher ist auch für eine Nachricht, die nur partiell Werbung beinhaltet, eine vorherige Einwilligung notwendig (Riesz aaO). Von diesem weit gesteckten Rahmen sind folglich auch die „(äußere) Gestaltung als Information(smail)“ erfasst, weshalb solche Nachrichten ohne Einwilligung nicht zulässig sind (*Riesz in Riesz/Schilchegger*, Telekommunikationsgesetz (2016), § 107 Rz 29). Weiters besteht Einigkeit dahin, dass „[a]ngesichts des Schutzzweckes des § 107 nicht bloß auf den Hauptzweck des Inhaltes einer Nachricht abzustellen [ist], sondern darauf, ob ihr – wenn auch partiell – Direktwerbzwecke inhärent sind“ (*Riesz in Riesz/Schilchegger*, Telekommunikationsgesetz (2016), § 107 Rz 30).

Angewendet auf den festgestellten Sachverhalt bedeutet dies Folgendes:

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, beinhalten die gegenständlichen E-Mails Schlagzeilen, Bilder und teilweise kurze Einleitungssätze. Die Einleitungssätze dienen dabei zweifelsfrei zur Steigerung des Anfangsinteresses zum Lesen des vollständigen Artikels auf der Website des Unternehmens durch den Abonnenten. Darüber hinaus ladet am Ende des Newsletters das Hyperlink („Jetzt weiterlesen auf XXXX .at“) dazu ein, die Website zu besuchen, also das Produkt (Bezahl- oder Gratis-Version) der haftenden Gesellschaft. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass eine kommerzielle Website mit zunehmendem Besuch seiner Website kommerziell attraktiver wird (z.B. für Werbekunden).

Vor dem Hintergrund, dass der Begriff der Direktwerbung weit zu interpretieren ist, diesem bereits die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen (v.a. auch bezahlter Leistungen)

unterstellt werden kann und auch die Gestaltung als Newsletter oder Informations-Mail (mit niederschweligen Nachrichten) die Qualifikation als Werbung nicht hindert, kann von einer Direktwerbung ausgegangen werden. Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes wird daher festgehalten, dass die haftende Gesellschaft durch ihr Newsletter-Angebot nicht lediglich ein Informationsinteresse seiner Gratis-Abonnenten befriedigen wollte, sondern eigene kommerzielle Interessen verfolgte und einen Anreiz schaffen wollte weitere Leistungen zu konsumieren (vgl. VwGH 19.12.2013, 2012/03/0052). Zudem ist Entgeltlichkeit für die Qualifikation als Werbung nicht erforderlich. Ebenso wenig kommt es darauf an, dass mit dem Versenden der E-Mails ein direkter wirtschaftlicher Erfolg angestrebt wird (vgl. BVwG 28.08.2019, GZ W120 2198398-1/10E ua. mwN).

Dem Vorbringen der Beschwerde, dass es ohnehin dem Konsumverhalten eines Großteils der heutigen NutzerInnen entspräche, lediglich Überschriften zu konsumieren, sich nicht mit langen Artikeln aufzuhalten und damit das Tatbestandselement der Direktwerbung nicht erfüllt sei, kann nicht gefolgt werden, zumal nicht davon auszugehen ist, dass die Abonnenten lediglich die Überschriften lesen, ohne einen bestimmten Artikel jemals vollständig zu lesen. Dies umso mehr, als die Abonnenten zugleich einen User-Account besitzen und somit als Forennutzer (wie der gegenständliche Empfänger) zumeist großes Interesse haben, ihre Gedanken bzw. Meinungen zu einem bestimmten Artikel aktiv im Forum kundzutun. Vielmehr haben die Schlagzeilen und die – lediglich zu bestimmten bzw. ausgewählten Schlagzeilen verfassten – Einleitungssätze (wie bereits ausgeführt) den Zweck, das Anfangsinteresse zum Lesen des vollständigen Artikels, somit den Besuch der Website des Unternehmens zu generieren bzw. zu steigern und einen Anreiz zum Abschluss von Verträgen (Abonnements) zu schaffen, sodass das Argument ins Leere geht.

Die gegenständliche E-Mails dienten daher nicht bloß der Befriedigung des Informationsinteresses der Empfänger, sondern waren auch auf den Absatz von weiteren (un)entgeltlichen Dienstleistungen der haftenden Gesellschaft bzw. seiner Werbepartner gerichtet, sodass mit dem Versenden des Newsletters mittelbare Absatzförderung betrieben wird. In dieser Konstellation kann der „inhärente“ (*Riesz in Riesz/Schilchegger*, Telekommunikationsgesetz (2016), § 107 Rz 30) Werbezweck der versendeten E-Mails jedenfalls nicht verneint werden. Daher sind sie demnach – wie auch die belangte Behörde zutreffend argumentiert hat – als Zusendungen zum Zwecke der Direktwerbung zu qualifizieren, weshalb das Argument der Beschwerde, die belangte Behörde sei sachlich unzuständig, da es sich bei den E-Mails nicht um Direktwerbung handle, unzutreffend ist.

#### 3.4.4. Zusendung „ohne Einwilligung des Empfängers“:

Dass eine (ursprüngliche) Einwilligung des Empfängers zum Erhalt von E-Mails des Unternehmens gegenständlich vorliegt, ist unstrittig, zumal der Empfänger zu diesem Zwecke – wie festgestellt – selbst seine Daten ins Anmeldefenster für den Erhalt des Newsletters eingetragen hat. Ebenso

steht fest, dass der Empfänger ausdrücklich um Löschung seiner Daten ersucht hat. Dem Empfänger wurde mit der Löschungsbestätigung vom 21.02.2020 zugesichert, dass seine personenbezogenen Daten – zu denen auch seine E-Mail-Adresse zählt – im Hinblick auf sein Abonnement gelöscht wurden. Dennoch wurden dem Empfänger nach Erhalt der Löschungsbestätigung die gegenständlichen E-Mails des Unternehmens zugesandt.

Die Einwilligung des Empfängers zur Zusendung des Newsletters „XXXX“ sowie zur Nutzung des Forums stellte die einzige Rechtsgrundlage dar, aufgrund derer die Verarbeitung seiner E-Mail-Adresse erlaubt war.

Mit dem Löschungsbegehren „*Bitte löschen Sie meine Daten*“ hat der Empfänger zwar nicht ausdrücklich eine Kündigung des Newsletters „XXXX“ verlangt, jedoch ist zu prüfen, ob der Empfänger konkludent mit seinem Löschungsbegehren nicht auch seine Einwilligung zur Datenverarbeitung hinsichtlich der Zusendung des Newsletters widerrufen und somit auch den Newsletter gekündigt hat. Dabei ist zu beachten, dass die Auslegung der Erklärung am Empfängerhorizont zu messen ist, wobei die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen nicht (nur) danach zu beurteilen sind, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage durch einen redlichen und verständigen Menschen zu verstehen war. Auf konkrete Umstände, namentlich auf den Geschäftszweck und die Interessenlage ist hiebei Bedacht zu nehmen (OGH 26.05.2011, 9 ObA 80/10w). Die maßgeblichen Auslegungskriterien müssen immer dem Vertrag selbst oder den ihn begleitenden maßgeblichen Umständen zu entnehmen sein (OGH 20.03.2003, 8 Ob 21/03a).

Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass ein bestellter Newsletter sowohl über den Abmeldelink am Ende jeder E-Mail-Aussendung als auch per E-Mail an das Unternehmen abbestellt werden kann. (vgl. Punkt II.1.).

Das Löschungsbegehren des Empfängers kann vor dem Hintergrund, dass er sowohl bei der Erstellung des User-Accounts als auch bei der Anmeldung zum Newsletter „XXXX“ lediglich seine E-Mail-Adresse angab, wobei er in beiden Fällen die idente E-Mail-Adresse in das jeweilige Webformular eintrug, und dass sich nur registrierte Besucher für redaktionelle Newsletter anmelden können, seinem objektiven Erklärungswert zufolge nur so verstanden werden, dass der Empfänger seine Einwilligung zur Verarbeitung seiner E-Mail-Adresse durch das Unternehmen generell widerrufen und zugleich die Löschung seiner E-Mail-Adresse aus allen Datenbanken des Unternehmens ersucht hat. Es ist für das erkennende Verwaltungsgericht nicht nachvollziehbar, weshalb für die haftende Gesellschaft aus dem allgemeinen Löschungsbegehren des Empfängers nicht ableitbar gewesen sei, dass dieser seine Einwilligung zur Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten generell widerrufe. Gerade aufgrund seines allgemeinen

Löschungsbegehrens brachte der Empfänger vielmehr zum Ausdruck, dass er mit seinem Löschungsbegehren ausnahmslos der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten die Rechtsgrundlage entzieht und die Erbringung von Dienstleistungen (Zusendung von E-Mails jeglicher Art) nicht mehr erwünscht. Dies umso mehr, als eine Löschung des User-Accounts auch eine Abmeldung des Newsletters bewirken müsste, wenn sich doch nur registrierte User für Newsletter anmelden können. Mit der Löschung des User-Accounts hätte das Unternehmen seine Datenbanken hinsichtlich jene Dienstleistungen überprüfen müssen, welche lediglich von registrierten Usern in Anspruch genommen werden könnten, um dem Löschungsbegehren nachkommen zu können.

Soweit die Beschwerde im Verfahren einen Widerspruch des Empfängers gegen weitere Zusendung von „XXXX“ bestreitet, muss ihr entgegengehalten werden, dass sie nicht hinreichend substantiiert darlegen konnte, aus welchem Grund dem Löschungsbegehren eine Abbestellung des Newsletters nicht abgeleitet werden könne. Aus den Ausführungen der Beschwerde kann nicht abgeleitet werden, weshalb das Löschesbegehren des Empfängers lediglich die E-Mail-Adresse betreffe, welche zum Zweck der Anlegung seines Nutzeraccounts im Forum bzw. zur Zusendung eines Werbe-Newsletters angegeben worden sei, wenn die Anmeldung zum Newsletter die Erstellung eines User-Accounts erfordert.

Wenn die Beschwerde vorbringt, dass der für die Bearbeitung befasst Mitarbeiter nicht habe wissen können, ob der Empfänger auch einen Newsletter bestellt habe, ist festzuhalten, dass in derartigen Fällen das Unternehmen zu prüfen, ob und welche Daten des Empfängers für welche Zwecke verarbeitet werden, dies vor allem dann, wenn das Löschungsbegehren allgemein formuliert ist und sich nicht auf einen bestimmten Zweck bezieht.

Weiters monierte die Beschwerde die Ausführungen der belangten Behörde, wonach die Ausführungen der belangten Behörde nicht logisch nachvollziehbar seien, da dem Löschungsbegehren des Empfängers eine Abbestellung des Newsletters vor allem deswegen nicht abgeleitet werden könne, weil der Empfänger trotz des, in jeder E-Mail enthaltenen „Unsubscribe“-Buttons eine Abbestellung nicht vorgenommen habe, obwohl dies mit sehr wenig Aufwand verbunden gewesen sei. Stattdessen habe er die Löschung seiner Daten verlangt und sich erwartet, dass man im Unternehmen auch weiß, dass dieser auch einen Newsletter bestellt habe. Auch diesem Argument kann insofern nicht gefolgt werden, als die Beschwerde selbst ausführte, dass der Abonnent abgesehen von der Möglichkeit der Abbestellung über den „Unsubscribe“-Button in jeder E-Mail auch die Möglichkeit habe, sich auch per E-Mail abzumelden. Aufgrund der Möglichkeit der Abbestellung per E-Mail muss umso mehr bei einem allgemein formulierten Löschungsbegehren davon ausgegangen werden, dass der BF im Zweifel auch einen allenfalls bestellten Newsletter abbestellen möchte. Auch in der Löschungsbestätigung des Unternehmens wird ausgeführt, dass dem Löschungsbegehren des Empfängers



nachgekommen worden sei bzw. die personenbezogenen Daten, welche aufgrund des Abonnements des Empfängers verarbeitet worden seien, gelöscht worden seien. Die Ausführungen des BF dazu in der Rechtfertigung, dass eine Löschung lediglich einen Widerruf der Zustimmung zu Werbe-Newslettern inkludiere, erklärt nicht, weshalb in der Löschungsbestätigung generell auf ein Abonnement Bezug genommen wurde, wenn das Unternehmen viele verschiedene Newsletter anbietet. Da der Empfänger nicht vorgebracht hat, sich für Werbe-Newsletter angemeldet zu haben bzw. dies auch nicht aus den mit der Anzeige vorgelegten E-Mails abgeleitet werden kann, kann zudem die Löschungsbestätigung nur dahingehend verstanden werden, dass dem Unternehmen zum Zeitpunkt der Löschung klar und nach Überprüfung der Datenbanken bekannt sein musste, dass sich der Empfänger des Newsletters nicht für einen Werbe-Newsletter, sondern für den Newsletter „ XXXX “ angemeldet hatte und mit seinem Löschungsbegehren die Einwilligung zur Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten zur Zusendung des Newsletters „ XXXX “ widerruft sowie die Löschung seiner personenbezogenen Daten verlangt, was ihm auch mit der Löschungsbestätigung bestätigt wurde.

Weshalb es für die Abbestellung des Newsletters „ XXXX “ einer ausdrücklichen Kündigung des Abonnements „ XXXX “ erforderlich sei, ist nicht ersichtlich, da die einzige Rechtsgrundlage für die Zusendung des Newsletters die Einwilligung des Empfängers zur Verarbeitung seiner E-Mail-Adresse gewesen ist, welche mit dem Löschungsbegehren des Empfängers jedenfalls weggefallen ist.

Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen ist davon auszugehen, dass infolge des zeitlich davor erfolgten Widerrufs der Einwilligung zur Datenverarbeitung hinsichtlich der Zusendung des Newsletters des Empfängers die gegenständlichen zehn E-Mails des Unternehmens ohne Einwilligung des Empfängers zugesendet wurden.

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

Nur ergänzend ist anzumerken, dass sich vorliegend keine Anhaltspunkte ergeben haben, die eine Anwendung des § 107 Abs. 3 TKG 2003 erforderlich machen würden, da von keiner bestehenden Geschäftsbeziehung zwischen dem Empfänger und dem BF bzw. Unternehmen auszugehen ist (vgl. II.1.1).

### 3.5. Zum subjektiven Tatbestand:

#### 3.5.1. 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.

Zu den Tatzeitpunkten im Februar, März, April und Mai 2020 war der BF Geschäftsführer des gegenständlichen Unternehmens und zu dessen Vertretung nach außen berufen. Ein verantwortlicher Beauftragter wurde im Unternehmen nicht bestellt (vgl. II.1.).

### 3.5.2. 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 § 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 (Ungehorsamsdelikt). Gemäß Abs. 1a leg.cit. gilt Abs. 1 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):

*„§ 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 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 Schuld Komponenten 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).

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 § 5a Abs. 1a 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 der für das in Rede stehende Unternehmen strafrechtlich Verantwortliche (hier: der Beschwerdeführer) gemäß § 5 Abs. 1 VStG glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Zu einer solchen Glaubhaftmachung ist es erforderlich, dass der Beschuldigte initiativ, von sich aus in substantiiert Form alles darlegt, was für seine Entlastung spricht, wozu die Darlegung gehört, dass er Maßnahmen getroffen habe, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschrift mit gutem Grund erwarten ließ. Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (siehe VwGH 26.03.2015, 2013/07/0011). Derjenige, der sich bei der Erfüllung einer ihm obliegenden gesetzlichen Verpflichtung der Hilfe eines Dritten bedient, bleibt verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich, soweit ihm ein Verschulden im Sinne des § 5 VStG zur Last zu legen ist (vgl. VwGH 03.03.2020, Ra 2019/04/0125).

### 3.5.3. Zu den Anforderungen an ein Regel- und Kontrollsystem:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Einrichtung von Kontrollsystemen ist es für die Befreiung von der persönlichen verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung im Einzelfall zusammengefasst 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).

Belehrungen, Arbeitsanweisungen oder stichprobenartige Kontrollen reichen nicht aus, um die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems glaubhaft zu machen (vgl. VwGH 08.11.2016, Ra 2016/11/0144). Ein geeignetes Kontrollsystem hat nicht nur Vorkehrungen für die Kontrolle durch den Arbeitgeber, sondern auch ein geeignetes Sanktionssystem bei Zuwiderhandeln des Arbeitnehmers zu enthalten (vgl. VwGH 19.09.2016, Ra 2016/11/0112). Zudem muss dargelegt werden, warum trotz der begangenen Übertretungen ein wirksames Kontrollsystem bestehen soll (vgl. VwGH 28.07.1995, 95/02/0275).

#### 3.5.4. Zum Beschwerdefall:

Umgelegt auf den konkreten Fall kann auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen und in Anbetracht der zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht davon gesprochen werden, dass im gegenständlichen Unternehmen (gerade auch zu den Tatzeitpunkten im Februar, März, April und Mai 2020) ein effektives Kontrollsystem bestand, das geeignet ist, die Entlastung des BF zu bescheinigen. Die Beschwerde hat dazu kein substantiiertes Vorbringen erstattet.

Das Argument der Beschwerde, der Empfänger hätte sich auch über den Abmeldelink in den E-Mails abmelden können, dient nicht zur Darlegung eines wirksamen Kontrollsystems, da er die Verantwortung für das Funktionieren der Abmeldung dem Empfänger zumindest mitüberträgt, was im vorliegenden Fall schon aufgrund des Umstandes, dass dem Empfänger eine Löschung seiner personenbezogenen Daten im Hinblick auf sein Abonnement bestätigt wurde, scheitert. Es sind auch sonst keine Umstände ersichtlich, weshalb für den Empfänger davon auszugehen wäre, dass sein Löschungsbegehren nicht zur Abmeldung des Abonnements führen würde.

Es liegt Fahrlässigkeit vor.

#### 3.5.5. Der subjektive Tatbestand ist damit ebenfalls erfüllt.

### 3.6. Zur Strafbemessung:

Einleitend wird vorausgeschickt, dass das Bundesverwaltungsgericht Gründe und Ergebnis der behördlichen Strafbemessung vollinhaltlich teilt.

#### 3.6.1. Zur beantragten Einstellung des Strafverfahrens:

Der BF begehrt die Einstellung des Strafverfahrens, da die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des BF gering seien. Der Empfänger habe die E-Mails aufgrund einer früheren Bestellung erhalten. Zudem habe er den „Unsubscribe“-Button, mit dem er den Newsletter hätte einfach und unmissverständlich abbestellen können, nicht verwendet. Stattdessen habe er ein völlig unspezifisches Löschbegehren an das Unternehmen gerichtet, weshalb die Voraussetzungen des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG zweifellos vorliegen würden.

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).

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).

Schon insoweit – dh. aufgrund des bereits erörterten Fehlens eines wirksamen Kontrollsystems – kann im vorliegenden Fall kein geringes Verschulden des BF angenommen werden. Die Einstellung nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG und die Erteilung einer Ermahnung scheitern im gegenständlichen Fall auch 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 (nach seiner ursprünglichen Einwilligung) weitere Zusendung der E-Mails offensichtlich belästigt und entschloss sich diesen Sachverhalt der belangten Behörde zur Kenntnis zu bringen.

Andere Einstellungsgründe liegen im Beschwerdefall nicht vor.

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

3.6.2.1. 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).

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.

§ 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).

### 3.6.2.2. Zu den objektiven Kriterien:

Im vorliegenden Fall wurde bereits erörtert (II.3.6.1.), 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.

### 3.6.2.3. Zu den subjektiven Kriterien:

Zum Ausmaß des Verschuldens:

Im Beschwerdefall ist in Ausnahme vom Kumulationsprinzip des § 22 VStG von einem fortgesetzten Delikt auszugehen (vgl. zu einem mit der vorliegenden Konstellation vergleichbaren Fall: VwGH 03.05.2017, Ra 2016/03/0108). Die belangte Behörde hat daher zutreffender Weise die gegenständliche Zusendung von zehn E-Mails als eine Tat und damit als fortgesetztes Delikt beurteilt und darüber nur eine Strafe verhängt.

Aus dem zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 03.05.2017, Ra 2016/03/0108, ergibt sich zur Strafhöhe insbesondere Folgendes:

*„Der Gesetzgeber hat bei der Normierung des Delikts der unzulässigen Zusendung elektronischer Post nach § 107 Abs 2 iVm § 109 Abs 3 Z 20 TKG offenkundig mitberücksichtigt, dass dieses in der Praxis regelmäßig durch eine Mehrzahl wiederholter Einzelhandlungen begangen wird, weshalb der Verwaltungsbehörde die Möglichkeit gegeben werden soll, die Strafhöhe sowohl nach steigendem Ausmaß der versendeten E-Mails als auch nach wachsender Zahl der dadurch belästigten Empfänger schrittweise bis zur Obergrenze des gesetzlichen Strafrahmens zu erhöhen.“*

Die gegenständliche Tatbegehung durch eine mehrfache Wiederholung der Einzelhandlungen ist daher im Rahmen der Strafbemessung entsprechend zu berücksichtigen. Dabei kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass das für die Strafbemessung maßgebliche Ausmaß des Verschuldens sich mit jeder einzelnen erfolgten Zusendung vervielfacht (vgl. in diesem Sinne BVwG 26.05.2017, GZ W219 2109352-1/14E). Im Beschwerdefall, in dem zehn E-Mail-Nachrichten an denselben Empfänger (ohne dessen Einwilligung) zugesendet wurden, ist daher zu würdigen, dass insgesamt ein Empfänger „belästigt“ wurde und dabei eine mehrfache Wiederholung stattgefunden hat. Auch wenn nicht übersehen wird, dass – wie bereits angesprochen (vgl. II.1.2.) – 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 keinesfalls als gravierend zu bewerten.

Da die näheren Umstände des fortgesetzten Deliktes damit vorliegend vom Bundesverwaltungsgericht (anders als von der belangten Behörde) auf der Ebene des Verschuldens gewürdigt wurden, scheidet für das Bundesverwaltungsgericht bereits deshalb eine (zusätzliche) Prüfung als Erschwerungsgrund aus.

Zu den Erschwerungs- und Milderungsgründen:

Die belangte Behörde wertete im angefochtenen Straferkenntnis zutreffend als Milderungsgrund die Unbescholtenheit des BF. Als Erschwerungsgründe berücksichtigte die belangte Behörde das Verschulden sowie die verstärkte Tatbestandsmäßigkeit aufgrund der Zusendung von zehn E-Mails.

Der BF ist nach wie vor als Geschäftsführer tätig. Es liegen spezial- und generalpräventive Umstände vor, weshalb auch aus diesen Gründen eine Bestrafung als notwendig erachtet wird.

Der BF hat keine Sorgepflichten und verfügt über durchschnittliche Vermögens- bzw. Einkommensverhältnisse.

Das Bundesverwaltungsgericht erachtet vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung des Strafrahmens von 37.000 Euro die von der belangten Behörde verhängte Strafe in der Höhe von 1.100 Euro als tat- und schuldangemessen. Dass die Strafe nicht verhältnismäßig sei, kann unter Bedachtnahme auf die getroffenen Erwägungen nicht angenommen werden.

### 3.7. Ergebnis:

Die vorliegende Beschwerde war folglich als unbegründet abzuweisen.

### 3.8. Kosten:

Die Kosten (in Höhe von 20% der verhängten Geldstrafe) für das Beschwerdeverfahren gründen auf § 52 Abs. 2 VwGVG, weil die Beschwerde nicht durchgedrungen ist.

Die Entscheidung über die Solidarhaftung der haftenden Gesellschaft gründet unmittelbar auf Gesetz (§ 9 Abs. 7 VStG).

### 3.9. Zahlungsinformation:

Sie haben den Gesamtbetrag von insgesamt EUR 1.430 (Strafe iHv EUR 1.100 Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens iHv EUR 110 und Kosten des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens iHv EUR 220) binnen 2 Wochen auf das Konto des Bundesverwaltungsgerichtes (BVwG) mit dem IBAN AT840100000005010167 (BIC BUNDATWW) unter Angabe der Verfahrenszahl spesenfrei für den Empfänger einzuzahlen oder unter Mitnahme dieses Erkenntnisses beim Bundesverwaltungsgericht einzuzahlen. Bei Verzug muss damit gerechnet werden, dass der Betrag nach erfolgter Mahnung zwangsweise eingetrieben werden wird.

Gemäß § 109 Abs. 8 TKG 2003 (bzw. § 188 Abs. 11 TKG 2021) fließt die verhängte Geldstrafen dem Bund 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.

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

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, da keiner der vorgenannten Fälle vorliegt. Auch sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich. Die vorliegende Entscheidung folgt der zitierten höchstgerichtlichen Rechtsprechung, die zur zentralen Verbotsnorm (des § 107 TKG 2003) als völlig einheitlich und klar zu bewerten ist (vgl. die in der rechtlichen Begründung angeführte VwGH- und OGH-Judikatur).