



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

0 2 . 0 2 . 2 0 2 3

G E S C H Ä F T S Z A H L

W 2 9 0 2 2 5 5 4 7 5 - 1 / 4 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. Christopher MERSCH über die Beschwerde des XXXX , vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Georg Prchlik, gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros vom XXXX , Zl. XXXX nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 23.11.2022 zu Recht:

A)

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von € 90,- binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu leisten.

B)

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

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Am 03.03.2022 erstattete XXXX bei der belangten Behörde Anzeige wegen des Erhalts einer E-Mail mit dem Betreff „ XXXX – XXXX tritt bei Ärztekammerwahl an“ am 02.03.2022 um 21:09:50 Uhr MEZ. Über Aufforderung der belangten Behörde teilte der Anzeiger mit, dass die angeschriebene E-Mailadresse „ XXXX “ der XXXX gehöre. Auf diese sei die Domain zentrum.at registriert und sie betreibe auch das Ärztezentrum „ XXXX “, dessen ärztlicher Leiter er sei.

2. Mit Schreiben vom 30.03.2022 forderte die belangte Behörde den Beschwerdeführer zur Rechtfertigung auf.

3. Am 19.04.2022 übermittelte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die entsprechende Rechtfertigung an die belangte Behörde, in der zusammengefasst ausgeführt wird, dass die Zusendung besagter E-Mail unter Berufung auf die Freiheit der Wahlwerbung nicht rechtswidrig gewesen sei.

4. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis vom 22.04.2022, zugestellt am 26.04.2022, sprach die belangte Behörde gegenüber dem Beschwerdeführer Folgendes aus (Zitat ohne die im Original enthaltenen Hervorhebungen):

„Sie sind als Kandidat für die Wahl zur Ärztekammer für Wien 2022 (XXXX – XXXX) angetreten und haben dafür einzustehen, dass am 02.03.2022, 21:09:50 MEZ Uhr die E-Mail mit dem Betreff , XXXX - Liste XXXX tritt bei Ärztekammerwahl an‘, somit elektronische Post, zu Zwecken der Direktwerbung für Ihre Kandidatur bei der Wahl und für eine Stimmenabgabe für Ihre Liste bzw Ihre Person unter Verwendung der E-Mailadresse XXXX an die E-Mailadresse XXXX der XXXX gesendet wurde, ohne dass Ihnen vorher von der Empfängerin der versendeten Nachricht oder dort beschäftigten Personen eine Einwilligung zu elektronischen Werbezusendungen erteilt wurde.

Sie haben dadurch folgende zu den Tatzeitpunkten geltende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 174 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2021 - TKG 2021 BGBl I 190/2021 idF BGBl I 190/2021

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von 450,-- Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 16 Stunden

Gemäß § 188 Abs 4 Z 28 TKG 2021 idF BGBl I 190/2021

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

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

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

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 495,-- Euro.

[...]“

5. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende Beschwerde des Beschwerdeführers vom 23.05.2022, die am 24.05.2022 bei der Post aufgegeben wurde. Darin wird beantragt, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, der Beschwerde Folge zu geben sowie den angefochtenen Bescheid aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, in eventu den angefochtenen Bescheid aufzuheben und die Sache an die Verwaltungsbehörde zurückzuverweisen. Begründend wird darin im Wesentlichen ausgeführt, dass § 174 Abs. 3 TKG 2021 bei Wahlwerbung nicht zur Anwendung komme; andernfalls sei die Bestimmung verfassungswidrig.

6. Die belangte Behörde übermittelte dem Bundesverwaltungsgericht mit hg. am 01.06.2022 eingelangter Beschwerdevorlage den gegenständlichen Verwaltungsakt.

7. Am 23.11.2022 führte das Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der der Beschwerdeführer, sein Rechtsvertreter und ein Vertreter der belangten Behörde teilnahmen. In der Verhandlung verwies der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers auf das bisherige Beschwerdevorbringen und brachte ergänzend vor, dass die E-Mailadresse, an die die Wahlwerbemail gesendet worden sei, der „Koordinatendatenbank“ der Ärztekammer für Niederösterreich entstamme. Diese Datenbank diene vor allem Kommunikationszwecken im Zusammenhang mit der Ärztekammer, wozu auch die versendete Mail zähle.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Der Beschwerdeführer ist Arzt und trat 2022 als Kandidat für die Wahl in die Ärztekammer für Wien an („XXXX – Liste XXXX“). Er ist ausweislich des Impressums Verantwortlicher der Webseite „XXXX“.

1.2. Unter Nutzung der E-Mailadresse „XXXX“ sendete der Beschwerdeführer am 02.03.2022 um 21:09:50 Uhr MEZ an die E-Mailadresse „XXXX“ eine E-Mail, die Wahlwerbung für den Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Kandidat für besagte Ärztekammerwahl beinhaltete. U.a. enthielt sie die Aufforderung „Wähle XXXX mit Briefwahl vom 12. bis 19. März bei der Ärztekammerwahl“.

1.3. Weder die Inhaberin der E-Mailadresse, die XXXX XXXX, noch von ihr dazu bevollmächtigte Personen hatten dem Beschwerdeführer bzw. seiner wahlwerbenden Gruppe eine Einwilligung zur Zusendung von elektronischen Werbenachrichten erteilt.

1.4. Der Beschwerdeführer ist über die elektronische Arztsuchefunktion der Internetseite „XXXX“ an die E-Mailadresse „XXXX“ gelangt.

1.5. Der Beschwerdeführer hat keine Sorgepflichten. Nähere Angaben zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen tätigte er nicht. Das Bundesverwaltungsgericht geht von einem durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommen des Beschwerdeführers von € 3500,- aus.

1.6. Zum Tatzeitpunkt lagen keine verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkungen des Beschwerdeführers vor.

2. Beweiswürdigung:

2.1. Die zu den Punkten 1.1. bis 1.3 und 1.6. getroffenen Feststellungen gründen sich auf die im angefochtenen Straferkenntnis getroffenen Feststellungen, welchen der Beschwerdeführer weder in seiner Beschwerde noch in der mündlichen Verhandlung vorm Bundesverwaltungsgericht entgegentrat. Dass eine vorherige Einwilligung auch nicht darin zu erblicken ist, dass die E-Mailadresse „XXXX“ über die elektronische Arztsuchefunktion der Internetseite „XXXX“ gefunden werden kann, wird in der rechtlichen Beurteilung (s. dort Pkt. 3.3.2.) näher erläutert.

2.2. Die zum Punkt 1.4. getroffene Feststellung beruht auf den glaubhaften Angaben des Beschwerdeführers in der vom Bundesverwaltungsgericht durchgeführten mündlichen Verhandlung (vgl. Verhandlungsprotokoll S 6 f. und 8 f.).

2.3. Die zum Punkt 1.5. getroffenen Feststellungen ergeben sich aus der vom Bundesverwaltungsgericht durchgeführten mündlichen Verhandlung, in der das Bundesverwaltungsgericht das durchschnittliche monatliche Nettoeinkommen des Beschwerdeführers schätzte (s. Verhandlungsprotokoll S. 8).

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A) I.:

3.1. Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

3.2. Die §§ 174 und 188 des Telekommunikationsgesetzes 2021 in der in Geltung stehenden StF BGBl. I 190/2021 (TKG 2021) lauten auszugsweise:

„Unerbetene Nachrichten

§ 174. (1) *Anrufe – einschließlich das Senden von Fernkopien – zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Nutzers sind unzulässig. Der Einwilligung des Nutzers steht die Einwilligung einer Person, die vom Endnutzer zur Benützung seines Anschlusses ermächtigt wurde, gleich. Die erteilte Einwilligung kann jederzeit widerrufen werden; der Widerruf der Einwilligung hat auf ein Vertragsverhältnis mit dem Adressaten der Einwilligung keinen Einfluss.*

(2) [...]

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

(4)-(6) [...]

[...]

Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 188. (1)-(3) [...]

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

1.-27. [...]

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

(5)-(12) [...]"

3.3. Der Beschwerdeführer hat den objektiven Tatbestand des iSd § 174 Abs. 3 TKG 2021 in seiner geltenden Stamfassung BGBl. I 190/2021 verwirklicht. Insbesondere ist die

inkriminierte E-Mail vom 02.03.2022 Direktwerbung iS dieser Bestimmung und es liegt auch keine vorherige Einwilligung vor.

3.3.1. Der Beschwerdeführer ist zunächst auf das Wesentliche zusammengefasst der Auffassung, dass Wahlwerbung nicht als Direktwerbung iSd § 174 Abs. 3 TKG 2021 in seiner geltenden Stammfassung BGBl. I 190/2021 verstanden werden dürfe; hätte die in Rede stehende Norm diesen (von der belangten Behörde angenommenen) Inhalt, wäre sie verfassungswidrig.

3.3.1.1. Der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist zum Begriff der „Direktwerbung“ Folgendes zu entnehmen (vgl. VwGH 26.06.2013, 2012/03/0089 zur Vorgängerbestimmung des § 107 Abs. 2 TKG 2003):

„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 Enzyklopädie 21; Gabler Wirtschaftslexikon 17). 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).“

In seinem Erkenntnis vom 19.12.2013 zur Geschäftszahl 2011/03/0198 führt der Verwaltungsgerichtshof – von der belangten Behörde auch zitiert – wörtlich Folgendes aus:

„Zur Erreichung dieses Schutzzweckes [Anm.: Schutz des Grundrechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie zum Schutze personenbezogener Daten] ist der Begriff ‚Direktwerbung‘ weit und umfassend auszulegen. Schon von daher ist nicht ersichtlich, warum das direkte Bewerben einer politischen Gruppe im Wege eines ohne vorherige Zustimmung des Empfängers zugeschickten E-Mail nicht die oben beschriebenen verpönten Wirkungen zeitigen sollte. [...] Im Lichte ihres Vorbringens kann zudem nicht bezweifelt werden, dass die Beschwerdeführer nicht lediglich ein Informationsinteresse im Rahmen der bevorstehenden Wahl befriedigen wollten, sondern dabei insbesondere auch das Erlangen einer Unterstützungserklärung im Auge hatten.“

Nach dem Dafürhalten des Bundesverwaltungsgerichts ist die dargestellte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, der Wahlwerbung als Direktwerbung iSd § 107 Abs. 2 TKG 2003 (nunmehr § 174 Abs. 3 TKG 2021) einstuft, entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers auch im vorliegenden Fall maßgeblich, zumal die inkriminierte E-Mail mit der Aufforderung „Wähle XXXX mit Briefwahl vom 12. bis 19. März bei der Ärztekammerwahl“ offensichtlich auf Unterstützung durch den Adressaten abzielt.

3.3.1.2. Wenn der Beschwerdeführer dagegen nun Literaturstimmen von *Walter* („Österreichisches Bundesverfassungsrecht / System, Manz, Wien, 1972, S. 237“) und *Grabenwarter/Frank* („B-VG, Manz, Wien, 2020, RZ 14 zu Art. 26 B-VG“) ins Treffen führt, ist ihm entgegenzuhalten, dass in ebendiesen Werken die Bedeutung der Wahlwerbung als Aspekt der Freiheit der Wahl bzw. des Wahlrechts zwar betont, aber auch festgehalten wird, dass diese sehr wohl beschränkt werden kann. Wahlwerbung darf nur nicht „sinnwidrig“ (*Grabenwarter/Frank*) oder in einer Weise beschränkt werden, die „dem demokratischen Gedanken der Wahl widerstreitet“ (*Walter*).

Davon kann hier keine Rede sein. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits klargestellt, dass die elektronisch zugesendete, unerbetene Wahlwerbung mit den Grundrechten auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie zum Schutze personenbezogener Daten konfligiert und dass § 174 Abs. 3 TKG 2021 auch hier einen sinnvollen Interessenausgleich gewährleistet. Zu bedenken ist dabei auch die beschränkte Kapazität von E-Mail-Postfächern sowie die Zeit, die der Empfänger aufbringen müsste, um die (jedenfalls unmittelbar vor anstehenden Wahlen zu erwartende) Masse an unerwünschten E-Mails (Spam) zu löschen.

3.3.1.3. Aus diesen Gründen hält das Bundesverwaltungsgericht § 174 Abs. 3 TKG 2021 in seiner geltenden Stammfassung BGBl. I 190/2021 auch nicht für verfassungswidrig. Selbstverständlich ist es dem Beschwerdeführer unbenommen, seine verfassungsrechtlichen

Bedenken im Wege einer auf Art. 144 B-VG gestützten Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof heranzutragen.

3.3.2. Der Beschwerdeführer ist überdies offenbar – wie im Rahmen der durchgeführten mündlichen Verhandlung vorgebracht – der Auffassung, dass im vorliegenden Fall eine vorherige (zumindest konkludente) Einwilligung in die Zusendung der inkriminierten Mail vorliegt. Diesbezüglich verweist er darauf, dass die Mailadresse, an die die Wahlwerbemail gesendet wurde, der „Koordinatendatenbank“ der Ärztekammer für Niederösterreich entstamme. Diese Datenbank diene Kommunikationszwecken im Zusammenhang mit der Ärztekammer, wozu auch die versendete Mail zähle.

3.3.2.2. Der Begriff "Direktwerbung" im Sinne dieser Bestimmung ist 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.

Gleiches gilt für die Anforderungen für die Zustimmung. Diese Anforderungen sind im Zusammenhang mit der Zusendung selbst zu sehen und im Einzelfall anhand der Lebenswirklichkeit zu beurteilen. So wird beispielsweise ein Email oder ein SMS mit Urlaubsgrüßen an mehr als 10 Empfänger wohl von der stillschweigenden Zustimmung aller Empfänger gedeckt sein und keinen Verstoß gegen das Verbot darstellen, wenn es sich um Personen handelt, mit denen auch sonst ein entsprechender Kontakt gepflogen wird, während die Zusendung eines Kreditangebotes durch ein Unternehmen, mit dem der Empfänger noch niemals in Kontakt stand, nur durch eine ausdrückliche Zustimmung möglich sein wird (RV 128 BlgNR 22. GP, 20 zur Vorgängerbestimmung des § 107 TKG 2003).

3.3.2.3. Die Auffassung des Beschwerdeführers hält einer Beurteilung anhand der Lebenswirklichkeit nicht Stand. Bei dem vom Beschwerdeführer als „Koordinatendatenbank“ bezeichneten Verzeichnis, auf das der Beschwerdeführer seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung nach zugegriffen hat und das in erster Linie der Kommunikation der Ärzte untereinander diene, handelt es sich um die elektronische Arztsuchefunktion auf der Internetseite „XXXX“. Zu diesem Verzeichnis gelangt man über die Rubrik „Für Patienten“; sie ist jedermann zugänglich. Folglich steht hier nicht die Kommunikation der Ärzte untereinander, sondern der Servicegedanke für den Patienten im Vordergrund, für sein jeweiliges Anliegen einen entsprechenden Arzt in seiner Umgebung zu finden. Eine (konkludente) Einwilligung in die Zusendung von (politischer) Direktwerbung von hier gelisteten Ärzten und Ärztezentren kann darin nicht erblickt werden, wobei auch darauf

hinzuweisen ist, dass die Wahlwerbemail im vorliegenden Fall die Ärztekammerwahl für Wien betrifft, das vom Beschwerdeführer ins Treffen geführte Verzeichnis aber von der Ärztekammer für Niederösterreich geführt wird.

3.4. Der subjektive Tatbestand ist ebenfalls erfüllt.

Dem Beschwerdeführer ist es nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (vgl. § 5 VStG).

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist es zu einer solchen Glaubhaftmachung erforderlich, dass der Beschuldigte initiativ, von sich aus in substantiiertes Form alles darlegt, was für seine Entlastung spricht, wozu die Darlegung gehört, dass er Maßnahmen getroffen hat, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschrift mit gutem Grund erwarten ließ. Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (s. VwGH 26.03.2015, 2013/07/0011).

Für die Befreiung von der persönlichen verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung ist es im Einzelfall entscheidend, dass glaubhaft alle Maßnahmen getroffen wurden, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen im Ergebnis mit gutem Grund erwarten lassen, dass die Einhaltung der maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften gewährleistet ist (vgl. zB VwGH 03.03.2020, Ra 2019/04/0125).

Der Beschwerdeführer hat sich zwar in der vom Bundesverwaltungsgericht durchgeführten mündlichen Verhandlung im Hinblick auf das bereits angesprochene Ärzteverzeichnis auf der Internetseite „ XXXX “ (hilfsweise) auf einen Rechtsirrtum berufen, jedoch nicht nachvollziehbar dargelegt, inwiefern dieser unvermeidbar gewesen wäre.

3.5. Einstellungsgründe liegen nicht vor. Insbesondere kommen die Einstellung nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG und die Erteilung einer Ermahnung hier nicht in Betracht, da schon die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes in Ansehung des Strafrahmens (bis zu € 50.000,-, vgl. § 188 Abs. 4 Z 28 TKG 2021 in seiner geltenden Stammfassung BGBl. I 190/2021) nicht als gering zu betrachten ist (vgl. zB VwGH 19.06.2018, Ra 2017/02/0102 zu einer Strafnorm mit einem Strafrahmen von bis zu € 726,-).

3.6. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet die von der belangten Behörde verhängte Strafe in der Höhe von € 450,- in Ansehung der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat als tat- und schuldangemessen. Die verhängte Strafe bewegt sich im untersten Prozent des Strafrahmens.

Zudem wurden sowohl die finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers als auch der Milderungsgrund der Unbescholtenheit berücksichtigt. Weitere Milderungs- oder Erschwerungsgründe sind nicht hervorgekommen.

Zu A) II.

Der Ausspruch betreffend den Kostenbeitrag folgt aus § 52 Abs. 1, 2 und 6 VwGVG.

Zu B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Wie gezeigt, folgt die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs.