

# TE Bvgw Beschluss 2018/12/11 W157 2190476-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 11.12.2018

## Entscheidungsdatum

11.12.2018

## Norm

B-VG Art.133 Abs4  
TKG 2003 §107 Abs1  
TKG 2003 §107 Abs2 Z1  
TKG 2003 §107 Abs3 Z3  
TKG 2003 §109 Abs3 Z20  
TKG 2003 §113 Abs5a  
VStG 1950 §5 Abs1  
VStG 1950 §64  
VStG 1950 §9 Abs2  
VStG 1950 §9 Abs7  
VwGVG §24 Abs1  
VwGVG §31 Abs1  
VwGVG §50 Abs1

## Spruch

W157 2190476-1/10E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch die Richterin Dr. Margret KRONEGGER über die Beschwerde des XXXX, vertreten durch RA Mag. Alexander HEINRICH, Pressl Endl Heinrich Bamberger Rechtsanwälte GmbH, Erzabt-Klotz-Straße 21A, 5020 Salzburg, gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Oberösterreich und Salzburg vom 01.03.2018, GZ. XXXX, nach mündlicher Verhandlung am 21.11.2018 zu Recht:

A)

Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschwerdeführer eingestellt.

B)

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

## Text

## ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

### I. Verfahrensgang:

1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis entschied die belangte Behörde, dass XXXX (im Folgenden: Beschwerdeführer) als verantwortlicher Beauftragter der XXXX und somit als deren gemäß § 9 Abs. 2 VStG 1991 Verantwortlicher dafür einzustehen habe, dass am 18.03.2017 um 17:01 Uhr, am 20.03.2017 um 12:10 Uhr und am 31.03.2017 um 9:05 Uhr mit der E-Mail-Adresse XXXX jeweils eine elektronische Post (E-Mail) zu Zwecken der Direktwerbung (Inhalt:

Angebote von diversen Produkten - die Zusendungen hatten folgende

Betreffbezeichnungen: -15% Rabatt auf ALLES für Ihr Wohnzimmer,

Ostergeschenk: 10% auf Fahrräder, eBikes uvm und Wohnräume zum Bestpreis: 15% auf Möbel & Heimtextilien) ohne vorherige Einwilligung des Empfängers an die E-Mail-Adresse XXXX [...] zugesendet wurde.

Dadurch habe der Beschwerdeführer gegen § 107 Abs. 2 Z 1 iVm § 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003, BGBI. I 70/2003 idF BGBI. I 6/2016 iVm § 9 Abs. 2 VStG idFBGBI. I 33/2013 verstoßen und wurde wegen dieser Verwaltungsübertretungen über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe iHv EUR 550,- (Ersatzfreiheitsstrafe 80 Stunden) gemäß § 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003 verhängt. Gemäß § 9 Abs. 7 VStG wurde verfügt, dass die Firma XXXX für die verhängte Geldstrafe zur ungeteilten Hand hafte. Inklusive des Beitrags zu den Kosten des Strafverfahrens iHv EUR 55,- (§ 64 VStG) wurde der zu zahlende Gesamtbetrag für den Beschwerdeführer mit EUR 605,- festgesetzt.

In der Begründung des Straferkenntnisses führte die belangte Behörde aus, dass XXXX (im Folgenden: Anzeiger) die oben genannten E-Mail-Nachrichten ohne seine Einwilligung erhalten habe. Der Anzeiger habe mitgeteilt, dass er vermutlich vor Monaten im Zuge einer Bestellung eine falsche Taste angeklickt habe und seit damals mindestens einmal täglich eine Werbe-E-Mail erhalten würde. Er habe die XXXX bereits mehrfach mit dem Ersuchen um Einstellung angeschrieben, habe aber "nicht einmal" eine Antwort bekommen. Der Anzeiger habe Abmeldeersuchen vom 19.02.2017, vom 22.02.2017 und vom 27.02.2017 vorgelegt. Der Beschwerdeführer sei als verantwortlicher Beauftragter der XXXX verantwortlich dafür, dass eine Person in seinem Namen und seinem Auftrag die gegenständlichen Werbe-E-Mails ohne vorherige Einwilligung des Empfängers zugesendet habe.

Mit Schreiben vom 06.04.2017 sei der Beschwerdeführer zur Rechtfertigung hinsichtlich der zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen aufgefordert worden. In der Rechtfertigung vom 08.05.2017 (und neuerlich vom 09.05.2017) habe er mitgeteilt, dass XXXX sich am 08.08.2016 auf der Homepage XXXX über eine "Newsletter-Lasche" für den Erhalt des Quelle-Newsletters an die E-Mail-Adresse XXXX angemeldet habe. Dabei habe sie die Checkbox mit der Erklärung, die Datenschutzbestimmungen gelesen und akzeptiert zu haben, angekreuzt. In den Datenschutzbestimmungen werde ausdrücklich auf die Zusendung von Werbenachrichten hingewiesen. Daraus folge, dass der XXXX die ausdrückliche Einwilligung zur Übermittlung des XXXX an die E-Mail-Adresse XXXX vorgelegen sei; es sei zu keiner Zeit eine Abmeldung ausgehend von dieser E-Mail-Adresse erfolgt, was intensive Recherchen der XXXX ergeben hätten. Eine Abmeldung vom Bezug eines Newsletters bzw. ein Widerruf der Erteilung der Zustimmung zum Erhalt von Werbe-E-Mails könne aufgrund der Vielzahl der Anmeldungen nur von der jeweils angegebenen E-Mail-Adresse aus erfolgen. Überdies mangle es - für den Fall, dass die belangte Behörde zur Ansicht gelange, dass keine Zustimmung des Anzeigers zum Erhalt von E-Mails zu Werbezwecken vorgelegen sei - am Verschulden des Beschwerdeführers, weil er nur dann fahrlässig gehandelt hätte, wenn ein durchschnittlicher verantwortlicher Beauftragter eines Unternehmens in derselben Größenkategorie wie die XXXX hinsichtlich der Maßnahmen, die unter vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften mit gutem Grund erwarten lassen, anders gehandelt hätte. Das sei jedoch nicht der Fall, weil der Beschwerdeführer alles in seiner Macht Stehende getan habe, um die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zu gewährleisten. Eine vollständige Überprüfung, ob zu jeder E-Mail-Adresse eine entsprechende Zustimmung iSd § 107 TKG 2003 vorliege, sei angesichts der Datenfülle unzumutbar und nicht durchführbar. Der Beschwerdeführer habe davon ausgehen können, dass die Zustimmungserklärung auch hinsichtlich des Anzeigers vorliege.

Nach behördlicher Aufforderung vom 09.05.2017 gab der Anzeiger bekannt, dass XXXX bei der XXXX als Kundin aufscheine. Er habe den Fehler betreffend die Newsletter-Anmeldung unabsichtlich gemacht und sei es ihm nicht möglich gewesen, diesen wieder abzustellen. Er habe "zig" E-Mails mit der Bitte um Einstellung des Newsletters an

die Firma XXXX geschrieben, aber nie eine Antwort erhalten, weshalb er Anzeige erstattet habe. Inzwischen sei es ihm gelungen, den Newsletter abzubestellen.

Nach neuerlicher behördlicher Aufforderung vom 10.05.2017 teilte der Anzeiger mit, dass die Abmeldemails von der E-Mail-Adresse XXXX aus versendet worden seien, da er nur diese eine E-Mail-Adresse habe. Der Name " XXXX " scheine zwar als Kundin der XXXX auf, diese schreibe jedoch auf dem Computer grundsätzlich nichts.

In einer Stellungnahme vom 26.05.2017 (und neuerlich vom 30.05.2017) hielt der Beschwerdeführer fest, dass eine weitere Recherche bei der XXXX ergeben habe, dass von der E-Mail-Adresse XXXX aus keine Abmeldung vom Newsletter erfolgt sei.

Rechtlich führte die belangte Behörde im angefochtenen Straferkenntnis aus, dass die Zusendung einer Werbe-E-Mail gemäß § 107 Abs. 2 Z 1 TKG 2003 nur mit vorheriger Einwilligung des Empfängers zulässig sei. Es sei davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall eine solche Einwilligung des Anzeigers seit 08.08.2016 vorgelegen sei, bis der Anzeiger mit E-Mails vom 19.02.2017, 22.02.2017 und 27.02.2017 versucht habe, sich vom Newsletter der XXXX abzumelden. Der Anzeiger habe glaubwürdig ausgesagt, dass er diese Abmelde-E-Mails von der E-Mail-Adresse XXXX aus gesendet habe, da er nur diese eine E-Mail-Adresse habe. Gemäß § 107 Abs. 3 Z 3 TKG 2003 müsse dem Empfänger einer Werbe-E-Mail die Möglichkeit geboten werden, diese kostenfrei und problemlos abzumelden, worunter zu verstehen sei, dass eine Abmeldung "ohne etwaige Erfordernisse" zu geschehen habe. Im konkreten Fall bedeute das, dass eine Abmeldung unter Bekanntgabe eines Namens und/oder einer E-Mail-Adresse funktionieren müsse. Daher hätte der Beschwerdeführer, selbst wenn der Anzeiger sich mit einer anderen E-Mail-Adresse als jener, mit der er bei der XXXX registriert sei, vom Newsletter abgemeldet hätte, die notwendigen Informationen (zB. vollständiger Name und Wohnanschrift, E-Mail-Adresse, Kundennummer usw.) beim Anzeiger erheben müssen, damit die Abmeldung ordnungsgemäß durchgeführt werden könnte. Ein sorgfältiger verantwortlicher Beauftragter hätte für die Einhaltung der Bestimmungen des § 107 TKG 2003 präzise Vorkehrungen getroffen. Der Beschwerdeführer habe überhaupt nicht dargelegt, wie seine Vorkehrungen ausgesehen hätten und wie er seine erforderliche Kontrolle diesbezüglich durchgeführt habe. Hinsichtlich der subjektiven Tatseite hielt die belangte Behörde fest, dass es sich bei der gegenständlichen Übertretung um ein Ungehorsamsdelikt handle. Für derartige Delikte sehe § 5 Abs. 1 2. Satz VStG vor, dass Fahrlässigkeit dann anzunehmen sei, wenn der Täter nicht glaubhaft mache, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden treffe. Der Beschwerdeführer habe kein Vorbringen erstattet, das sein Verschulden ausschließen würde, weshalb ihm zumindest fahrlässiges Handeln vorzuwerfen sei. Hinsichtlich der Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, dass erschwerend gewertet werde, dass der Beschwerdeführer im September 2016 wegen gleicher Übertretung bereits rechtskräftig verurteilt worden sei. Mildernd sei kein Umstand zu berücksichtigen. Mangels Angaben zu Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen würden durchschnittliche wirtschaftliche Verhältnisse eines verantwortlichen Beauftragten angenommen. Die verhängte Strafe sei tat- und schuldangemessen und auch bei Vorliegen ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse mit etwas weniger als 1,5% des Strafhöchstbetrages keinesfalls überhöht.

2. Gegen dieses Straferkenntnis wendet sich das mit Schriftsatz vom 19.03.2017 bzw. 22.03.2018 rechtzeitig erhobene Rechtsmittel, welches das Straferkenntnis anficht; dies mit dem Begehr, das Bundesverwaltungsgericht möge

"[...] gemäß § 44 VwG VG eine mündliche Verhandlung durchführen;

[...] das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos beheben und das Verfahren gemäß § 38 VwG VG iVm § 45 Abs. 1 VStG einstellen

in eventu

[...] es aufgrund der geringen Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der geringen Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat sowie aufgrund meines geringen Verschuldens bei Einer Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG bewenden lassen

in eventu

die Strafhöhe auf ein Tat- und schuldangemessenes Maß herabsetzen."

Begründend führte der Beschwerdeführer aus, dass die belangte Behörde Verfahrensvorschriften verletzt habe, da sie sein Vorbringen nicht berücksichtigt habe; weiters fehle es an einer tragfähigen Beweiswürdigung. Es sei gänzlich unbekannt, von welchem E-Mail-Account und wohin der Anzeiger seine Abmeldung vom Newsletter versandt habe. Zu

den im Straferkenntnis angeführten Zeitpunkten habe die XXXX überhaupt keine Abmelde-E-Mails erhalten, weder ausgehend von der E-Mail-Adresse XXXX noch von einer anderen E-Mail-Adresse. Der Anzeiger dürfte seine Abmelde-E-Mails an eine falsche bzw.不存在的 E-Mail-Adresse geschickt haben.

3. Am 27.03.2018 langten beim Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdevorlage sowie der Verwaltungsakt ein. Die belangte Behörde verzichtete auf eine Beschwerdevorentscheidung und verwies auf die Begründung im angefochtenen Straferkenntnis. Ergänzend führte sie aus, dass weitere Ermittlungen ergeben hätten, dass der Anzeiger seine Abmeldewünsche von der E-Mail-Adresse XXXX aus an die E-Mail-Adresse XXXX, von der angenommen werde, dass sie im Februar 2017 auf der Homepage der XXXX für Kundenanliegen angeführt gewesen sei, gesendet habe. Bei der E-Mail-Adresse XXXX dürfte es sich um eine aufrechte E-Mail-Adresse der XXXX handeln, weil der Anzeiger andernfalls eine Unzustellbarkeits-Nachricht erhalten hätte. Die Domain XXXX sei jedenfalls auf die XXXX [...] registriert.

4. Am 28.03.2018 sendete das Bundesverwaltungsgericht die vorliegenden Beschwerde unter Hinweis auf § 9 Abs. 7 VStG an die XXXX und wurde dieser die Möglichkeit zur Stellungnahme innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung eingeräumt. Beim Bundesverwaltungsgericht langte keine diesbezügliche Stellungnahme der XXXX ein.

5. Am 21.11.2018 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt, an der der Beschwerdeführer und sein Rechtsvertreter, ein Vertreter der belannten Behörde und zwei Zeugen teilnahmen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Am 08.08.2016 wurde die E-Mail-Adresse XXXX für den Erhalt des Newsletters der XXXX an angemeldet.

Von der E-Mail-Adresse XXXX aus wurden am 18.03.2017 um 17:01 Uhr, am 20.03.2017 um 12:10 Uhr und am 31.03.2017 um 9:05 Uhr Newsletter der XXXX an die E-Mail-Adresse XXXX versendet.

Von der E-Mail-Adresse XXXX aus versuchte der Anzeiger am 19.02.2017 um 14:14 Uhr, am 22.02.2017 um 10:14 Uhr und am 27.02.2017 um 10:55 Uhr per E-Mails an die E-Mail-Adresse XXXX sich vom Newsletter der XXXX abzumelden. Er hat die E-Mail-Adresse XXXX dabei selbst eingegeben oder aus dem Adressverzeichnis seines E-Mail-Programms übernommen; er hat nicht die Antwortfunktion des Newsletters der XXXX verwendet. Die E-Mail-Adresse XXXX ist nicht jene E-Mail-Adresse, an die E-Mails zugestellt werden, wenn man im Newsletter der XXXX auf "Antworten" klickt. Der Anzeiger hat keine der von der XXXX angebotenen Möglichkeiten der elektronischen Abmeldung vom Newsletter (über den Unsubscribe-Button im Newsletter, per E-Mail an das Kundenservice der XXXX, über die Homepage der XXXX) verwendet.

Die E-Mail-Adresse XXXX ist eine der Domain "XXXX" der Quelle GmbH zuordenbare E-Mail-Adresse, welche seit dem Jahr 2011 nicht mehr aktiv ist. Sie wird seit damals auch nicht mehr an Kunden kommuniziert. An diese E-Mail-Adresse gesendete E-Mails werden nicht an eine aktive E-Mail-Adresse weitergeleitet.

Die Abmelde-E-Mails des Anzeigers sind bei der XXXX nicht tatsächlich eingelangt. Es kann nicht festgestellt werden, dass der Anzeiger keine automatisierten "Unzustellbar-E-Mails" als Reaktion auf seine Abmelde-E-Mails erhalten hat.

2. Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben mittels Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in das angefochtenen Straferkenntnis und die dagegen erhobene Beschwerde, sowie durch Befragung des Beschwerdeführers, der Zeugin XXXX und des Anzeigers (als Zeugen) in der mündlichen Beschwerdeverhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht. Weiters wurde Beweis erhoben durch die vom Beschwerdeführer in der mündlichen Beschwerdeverhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegten Unterlagen.

Die Feststellung, dass die E-Mail-Adresse XXXX am 08.08.2016 für den Erhalt des Newsletters der XXXX angemeldet wurde sowie die Feststellung, dass von der E-Mail-Adresse XXXX aus am 18.03.2017 um 17:01 Uhr, am 20.03.2017 um 12:10 Uhr und am 31.03.2017 um 9:05 Uhr Newsletter der XXXX an die E-Mail-Adresse XXXX versendet wurden, ergeben sich aus dem Verwaltungsakt und wurden in der mündlichen Beschwerdeverhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht bestritten.

Die Feststellung, dass der Anzeiger am 19.02.2017 um 14:14 Uhr, am 22.02.2017 um 10:14 Uhr und am 27.02.2017 um 10:55 Uhr von der Adresse XXXX aus versucht hat, sich per E-Mail an die E-Mail-Adresse XXXX vom Newsletter-Empfang abzumelden, ergibt sich aus dem Verwaltungsakt und ist unbestritten.

Die Feststellung, dass der Anzeiger die E-Mail-Adresse XXXX dabei selbst eingegeben oder aus dem Adressverzeichnis seines E-Mail-Programms übernommen hat und nicht die Antwortfunktion des Newsletters der XXXX verwendet hat, ergibt sich aus der diesbezüglichen Aussage der Zeugin XXXX in der mündlichen Beschwerdeverhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht (vgl. S. 12f und 14 der Verhandlungsniederschrift). Weiters ergibt sich diese Feststellung aus dem Verwaltungsakt, wo im jeweiligen Betreff der E-Mails, mit denen der Anzeiger versucht hat, sich vom Newsletter-Empfang abzumelden, ersichtlich ist, dass diese E-Mails nicht als Antwort-E-Mails (normalerweise "Subject: Re: [...]"), sondern als weitergeleitete E-Mails ("Subject: Fw: XXXX Newsletter - bitte nicht mehr zusenden"; vgl. die E-Mails vom 22.02.2017 und vom 27.02.2017) bzw. als eigenständige E-Mail, die weder als Antwort noch durch Weiterleitung entstanden ist ("Subject: XXXX Newsletter - bitte nicht mehr zusenden", vgl. die E-Mail vom 19.02.2017), ausgestaltet sind. Es ist allgemein bekannt, dass bei Weiterleitungen von E-Mails und bei eigenständig erstellten E-Mails (im Gegensatz zu Antwort-E-Mails) die Empfängeradresse selbst einzugeben oder aus einem E-Mail-Adressverzeichnis zu übernehmen ist. Auch die Tatsache, dass die XXXX ihre Newsletter regelmäßig mit Betreffs wie die unter I.1. genannten und nicht mit dem Betreff "XXXX Newsletter" versendet, sowie der Zusatz "bitte nicht mehr zusenden" in den Betreffs der E-Mails, mit denen der Anzeiger versucht hat, sich vom Newsletter-Empfang abzumelden, sprechen dafür, dass der Anzeiger bei seinen Abmelde-Versuchen eine eigenständige E-Mail bzw. E-Mail-Weiterleitungen produziert und nicht die Antwortfunktion im Newsletter der XXXX verwendet hat.

Dass die E-Mail-Adresse XXXX nicht jene E-Mail-Adresse ist, an die E-Mails zugestellt werden, wenn man im Newsletter der XXXX auf "Antworten" klickt, ergibt sich aus der diesbezüglichen Aussage der Zeugin XXXX :

S. 14 der Verhandlungsniederschrift (RV = Beschwerdeführervertreter,

Z2 = Zeugin XXXX ):

RV: Wenn XXXX auf "Antworten" beim Newsletter geklickt hat, um sich abzumelden, ist es dann möglich, dass er an XXXX geschrieben hat?

Z2: Nein, das ist unmöglich, weil der Newsletter ja von XXXX aus versendet wird. Dorthin gehen dann auch Antwortmails.

Dass der Anzeiger keine der von der XXXX angebotenen Möglichkeiten der elektronischen Abmeldung vom Newsletter (über den Unsubscribe-Button im Newsletter, per E-Mail an das Kundenservice der XXXX, über die Homepage der XXXX) verwendet hat, ergibt sich hinsichtlich des Unsubscribe-Buttons und der Homepage aus dem Verwaltungsakt und blieb im Beschwerdeverfahren unbestritten; hinsichtlich der Abmeldung über E-Mail an das Kundenservice der XXXX ergibt sich die Feststellung daraus, dass der Anzeiger die Abmelde-E-Mails nicht an die E-Mail-Adresse des Kundenservice der XXXX vgl. S. 12 der Verhandlungsniederschrift), sondern an XXXX gerichtet hat.

Die Feststellungen, dass die E-Mail-Adresse XXXX der XXXX zuordenbar ist, jedoch seit dem Jahr 2011 nicht mehr aktiv ist, seit damals auch nicht mehr an Kunden kommuniziert wird und an diese E-Mail-Adresse gesendete E-Mails nicht an eine aktive E-Mail-Adresse weitergeleitet werden, ergeben sich aus den diesbezüglichen glaubhaften Aussagen des Beschwerdeführers in der mündlichen Beschwerdeverhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht (vgl. S. 7 der Verhandlungsniederschrift).

Dass die Abmelde-E-Mails des Anzeigers bei der XXXX nicht tatsächlich eingelangt sind, ergibt sich insbesondere aus den vom Beschwerdeführer in der mündlichen Beschwerdeverhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegten Unterlagen (vgl. Beilage 1a zur Verhandlungsniederschrift) und aus den Aussagen der Zeugin XXXX in der mündlichen Beschwerdeverhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht (vgl. S. 13 der Verhandlungsniederschrift).

Dass nicht festgestellt werden kann, dass der Anzeiger keine automatisierten "Unzustellbar-E-Mails" als Reaktion auf seine Abmelde-E-Mails erhalten hat, ergibt sich insbesondere daraus, dass der Anzeiger auf das Bundesverwaltungsgericht insgesamt den Eindruck machte, sich nicht konkret erinnern zu können, was sich im Zusammenhang mit seinen Abmelde-E-Mails an die E-Mail-Adresse XXXX ereignet hat. Insbesondere ist auf folgende Aussagen hinzuweisen:

S. 9 der Verhandlungsniederschrift (R = Richterin, Z1 = Anzeiger):

R: Aus dem Akt geht hervor, dass Sie am 19.02.2017, am 22.02.2017 und am 27.02.2017 per E-Mail bekanntgegeben haben, dass Sie den Newsletter der XXXX nicht mehr erhalten möchten. Haben Sie diese E-Mails auch vom E-Mail-Account XXXX aus geschrieben?

Z1: Ja.

R: An welchen Empfänger haben Sie diese E-Mails gerichtet?

Z1: Ich habe einfach die E-Mail von XXXX beantwortet und sie gebeten, dass sie mich vom Newsletter abmelden.

R: Das heißt, Sie haben oben in der E-Mail auf "Antworten" geklickt?

Z1: Ja.

R: Haben Sie nach dem Absenden dieser E-Mails, mit denen Sie sich vom Newsletter abmelden wollten, eine Fehlermeldung erhalten, dass Ihre E-Mails unzustellbar seien?

Z1: Daran kann ich mich nicht erinnern.

R: Haben Sie eine automatisierte Antwort erhalten wie z.B. "Danke für Ihre E-Mail, wir werden zu einem späteren Zeitpunkt darauf antworten."?

Z1: Nein, weil es nicht funktioniert hat, habe ich dem Fernmeldebüro das weitergegeben und wollte damit erreichen, dass es endlich abgestellt wird.

Verhandlungsniederschrift S. 10:

RV: Sind Sie absolut sicher, dass Sie nicht eine Empfänger-Mailadresse eingegeben haben, als Sie sich vom Newsletter abgemeldet haben?

Z1: Nein, so ein technischer Experte bin ich nicht. Ich kann das nicht mit Sicherheit sagen.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt A)

3.1. Zur Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte in Verwaltungsstrafsachen legt § 50 VwGVG idF BGBI. I Nr. 24/2017 Folgendes fest:

"Erkenntnisse

§ 50. (1) 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.

(2) Die gekürzte Ausfertigung des Erkenntnisses hat überdies zu enthalten:

1. im Fall der Verhängung einer Strafe die vom Verwaltungsgericht als erwiesen angenommenen Tatsachen in gedrängter Darstellung sowie die für die Strafbemessung maßgebenden Umstände in Schlagworten;

2. im Fall des § 45 Abs. 1 VStG eine gedrängte Darstellung der dafür maßgebenden Gründe."

3.2. § 5 VStG lautet:

"Schuld

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

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

§ 9 VStG lautet:

"Besondere Fälle der Verantwortlichkeit

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

(2) Die zur Vertretung nach außen Berufenen sind berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist, auf Verlangen der Behörde verpflichtet, aus ihrem Kreis eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt. Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden.

(3) Eine natürliche Person, die Inhaber eines räumlich oder sachlich gegliederten Unternehmens ist, kann für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche ihres Unternehmens einen verantwortlichen Beauftragten bestellen.

(4) Verantwortlicher Beauftragter kann nur eine Person mit Hauptwohnsitz im Inland sein, die strafrechtlich verfolgt werden kann, ihrer Bestellung nachweislich zugestimmt hat und der für den ihrer Verantwortung unterliegenden klar abzugrenzenden Bereich eine entsprechende Anordnungsbefugnis zugewiesen ist. Das Erfordernis des Hauptwohnsitzes im Inland gilt nicht für Staatsangehörige von EWR-Vertragsstaaten, falls Zustellungen im Verwaltungsstrafverfahren durch Staatsverträge mit dem Vertragsstaat des Wohnsitzes des verantwortlichen Beauftragten oder auf andere Weise sichergestellt sind.

(5) Verletzt der verantwortliche Beauftragte auf Grund einer besonderen Weisung des Auftraggebers eine Verwaltungsvorschrift, so ist er dann nicht verantwortlich, wenn er glaubhaft zu machen vermag, daß ihm die Einhaltung dieser Verwaltungsvorschrift unzumutbar war.

(6) Die zur Vertretung nach außen berufenen Personen im Sinne des Abs. 1 sowie Personen im Sinne des Abs. 3 bleiben trotz Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten - unbeschadet der Fälle des § 7 - strafrechtlich verantwortlich, wenn sie die Tat vorsätzlich nicht verhindert haben.

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

3.3. § 107 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011 lautet auszugsweise wie folgt:

"Unerbetene Nachrichten

§ 107. [...]

(2) Die Zusendung einer elektronischen Post - einschließlich SMS - ist ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, wenn

1. die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt oder

2. an mehr als 50 Empfänger gerichtet ist.

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

1. der Absender die Kontaktinformation für die Nachricht im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat und

2. diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt und

3. der Empfänger klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen und

4. der Empfänger die Zusendung nicht von vornherein, insbesondere nicht durch Eintragung in die in § 7 Abs. 2 E-Commerce-Gesetz genannte Liste, abgelehnt hat.

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

- (5) Die Zusendung elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung ist jedenfalls unzulässig, wenn
1. die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird, oder
  2. die Bestimmungen des § 6 Abs. 1 E-Commerce-Gesetz verletzt werden, oder
  3. der Empfänger aufgefordert wird, Websites zu besuchen, die gegen die genannte Bestimmung verstößen oder
  4. keine authentische Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann.

[...]"

§ 109 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 134/2015 lautet auszugsweise wie folgt:

"Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 109. (1) [...]

(2) [...]

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

[...]

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

[...]

(4) [...]

(5) Bei der Bemessung der Geldstrafen gemäß Abs. 1 bis 4 ist auch darauf Bedacht zu nehmen, ob die Tat gewerbsmäßig oder wiederholt begangen wurde. Wurde die Tat gewerbsmäßig begangen, so ist der dadurch erzielte unrechtmäßige Vorteil gemäß dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens bei der Bemessung zu berücksichtigen.

(6) Eine Verwaltungsübertretung gemäß Abs. 1 bis 4 liegt nicht vor, wenn die Tat den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist.

(7) [...]

(8) Die nach diesem Bundesgesetz durch die Fernmeldebüros verhängten Geldstrafen fallen dem Bund zu.

(9) [...]"

3.4. Den Feststellungen ist zu entnehmen, dass die verfahrensgegenständlichen E-Mail-Nachrichten vom 18.03.2017, 20.03.2017 und 31.03.2017 an die E-Mail-Adresse XXXX versendet wurden. Es handelt sich dabei zweifelsohne und unbestritten um die Zusendung elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung (vgl. zum Begriff der Direktwerbung Riesz/Schilchegger (Hrsg.) TKG (2016) § 107 Rz 29f und 99). Die Einwilligung für diese Zusendungen lag seit 08.08.2016 vor (vgl. oben II.1. und II.2.).

Ebenso ist den Feststellungen zu entnehmen, dass der Anzeiger versucht hat, sich am 19.02.2017, am 22.02.2017 und am 27.02.2017 per E-Mail an eine seit dem Jahr 2011 nicht mehr aktive E-Mail-Adresse vom Newsletter-Empfang abzumelden. Hierzu ist rechtlich auszuführen:

Im Gegensatz zu § 107 Abs. 1 TKG 2003, der ein jederzeitiges Widerrufsrecht des Teilnehmers bzw. der von diesem ermächtigten Person hinsichtlich der Einwilligung für Anrufe und Fernkopien (Telefax) zu Zwecken der Werbung vorsieht, findet sich in Abs. 2 eine solche Möglichkeit nicht mehr. Die Vorgängerbestimmung des § 101 TKG 1997 idF der Novelle 1999 (BGBl. I 188/1999) statuierte noch ein jederzeitiges Widerrufsrecht. Auch bei der Zusendung elektronischer Post (§ 107 Abs. 2 TKG 2003) ist ein jederzeitiges Widerrufsrecht vorhanden, weil von einer planwidrigen Lücke im Gesetz auszugehen, ist, die durch Analogie zu schließen ist (vgl. im Detail Riesz/Schilchegger (Hrsg.) TKG (2016) § 107 Rz 93ff).

Im vorliegenden Fall stellt die XXXX den Empfängern des Newsletters drei elektronische Möglichkeiten zur Verfügung, sich vom Newsletter-Empfang abzumelden. Wie aufgezeigt, hat der Anzeiger keine dieser Möglichkeiten gewählt,

sondern an eine seit dem Jahr 2011 nicht mehr aktive E-Mail-Adresse geschrieben, die er in die Adresszeile seiner Abmelde-E-Mails entweder selbst eingegeben oder aus dem Adressverzeichnis seines E-Mail-Programms übernommen hat. Diese E-Mails sind bei der XXXX nicht tatsächlich eingelangt. Zwar handelt es sich bei der Adresse XXXX, die der Anzeiger zwecks Abmeldung verwendet hat, auch um eine E-Mail-Adresse der Domain "XXXX" und muss Adressat des Widerrufs wohl (nur) jene Person/Institution sein, die Empfänger der Einwilligung war bzw. eine entsprechend befugte bzw. bevollmächtigte Person (vgl. Riesz/Schilchegger (Hrsg.) TKG (2016) § 107 Rz 80). Jedoch scheitert der Widerruf (die Abmeldung vom Newsletter) aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts im konkreten Fall daran, dass es sich um eine - im Zeitpunkt der Abmeldeversuche des Anzeigers - seit jedenfalls mehr als 5 Jahren nicht mehr in Verwendung stehende E-Mail-Adresse gehandelt hat. Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts kann es im konkreten Fall nicht darauf ankommen, ob die Abmeldeversuche elektronisch einer E-Mail-Adresse der Domain "XXXX" zugegangen sind, sondern ist das tatsächliche Einlangen ausschlaggebend: Auch wenn der Anzeiger eine E-Mail an einen bestimmten Mitarbeiter innerhalb der XXXX (vorname.nachname@XXXX) geschrieben hätte, welcher seit mehreren Jahren nicht mehr bei der XXXX arbeitet und dessen E-Mail-Adresse deshalb nicht mehr aktiv ist, könnte man nicht behaupten, dass das E-Mail bei der XXXX tatsächlich eingelangt sei, obwohl es sich auch in diesem Fall um eine E-Mail-Adresse der Domain "XXXX" gehandelt hätte. So muss das auch im Falle der "aufgelösten" ehemaligen E-Mail-Adresse XXXX gelten.

Der Anzeiger hat daher die Einwilligung zum Newsletter-Empfang vom 08.08.2016 nicht widerrufen und war diese im Zeitpunkt des Empfangs der verfahrensgegenständlichen Newsletter noch aufrecht.

Der objektive Tatbestand des § 107 Abs. 2 Z 1 iVm§ 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003 ist im vorliegenden Fall daher nicht erfüllt.

3.5. Selbst wenn man jedoch den objektiven Tatbestand als erfüllt ansehen würde, da die Abmelde-E-Mails elektronisch im weitesten Sinne dennoch in die Sphäre der XXXX gelangt sind (weil die E-Mail-Adresse XXXX der Domain "XXXX" angehört), so scheitert die Strafbarkeit am subjektiven Tatbestand:

Bei einer Übertretung nach § 107 Abs. 2 Z 1 iVm§ 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003 handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG (VwGH 24.05.2012, Zl. 2010/03/0056). Bei Ungehorsamsdelikten ist das verantwortliche Organ im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG strafbar, wenn es nicht genügende Vorkehrungen getroffen hat, um die Verwirklichung des Tatbildes durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. In einem solchen Fall besteht gemäß § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG von vornherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann. Es ist daher Sache des verantwortlichen Organs, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden traf, und initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 28.03.2014, Zl. 2014/02/0004). Es ist daher am Beschwerdeführer gelegen, alles seiner Entlastung Dienende vorzubringen, zB. durch Darlegung eines Kontrollsystems in Bezug auf die Einhaltung der Vorschriften des TKG 2003, um zu beweisen, dass ihn an der Übertretung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (vgl. zB VwGH 24.05.2012, Zl. 2010/03/0056, sowie VwGH 28.03.2014, Zl. 2014/02/0004).

Im vorliegenden Fall gelingt dem Beschwerdeführer die Darlegung eines wirksamen Kontrollsystems. Der Beschwerdeführer hat konkret und überzeugend dargelegt, welche Maßnahmen von ihm getroffen wurden, um derartige Rechtsverletzungen zu vermeiden: Für die Abmeldung vom Newsletter-Empfang stehen dem Empfänger verschiedene elektronische Varianten zur Verfügung (über den Unsubscribe-Button im Newsletter, per E-Mail an das XXXX Kundenservice und über die Homepage der XXXX). Dass im vorliegenden Fall die Abmeldung vom Newsletter nicht bearbeitet wurde, liegt daran, dass der Anzeiger für die Abmeldung vom Newsletter keine dieser Varianten gewählt hat, sondern - wie ausgeführt - seine E-Mails nach selbstständiger Eingabe einer E-Mail-Adresse oder Übernahme einer solchen aus seinem E-Mail-Adressverzeichnis an eine seit dem Jahr 2011 nicht mehr aktive E-Mail-Adresse gesendet hat. Da der Beschwerdeführer daher keine Kenntnis von der Abmeldung der E-Mail-Adresse XXXX vom Newsletter-Empfang hatte, kann ihm nicht vorgeworfen werden, keine ausreichende Kontrolle betreffend die verfahrensgegenständlichen E-Mails durchgeführt zu haben. Die Versendung des Newsletter erfolgte auch am 18.03.2017, 20.03.2017 und 31.03.2017 aus Sicht des Beschwerdeführers noch auf Basis der Anmeldung der E-Mail-Adresse XXXX am 08.08.2016 für die Newsletter-Zusendung. Dass die jedenfalls seit mehr als 5 Jahren nicht mehr aktive E-Mail-Adresse XXXX, an welche die Abmeldeersuchen vergeblich gerichtet wurden, innerhalb der XXXX nicht mehr kontrolliert (oder an eine aktive E-Mail-Adresse weitergeleitet) wird, schadet dem Beschwerdeführer aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts nicht, da die Verpflichtung zur Setzung von Maßnahmen für ein wirksames Kontrollsystems nicht bedeuten kann, dass - wenn, wie im konkreten Fall, mehrere elektronische

Abmeldemöglichkeiten zur Verfügung stehen - auch nicht mehr aktive E-Mail-Adressen eines Unternehmens, die gegenüber Kunden nicht mehr kommuniziert werden, dahingehend überprüft werden müssen, ob E-Mails mit dem Ersuchen um Abmeldung von Newslettern dort eingelangt sind. Dies muss insbesondere gelten, wenn der Versender eines E-Mails an eine nicht mehr aktive E-Mail-Adresse eine "Unzustellbar-E-Mail" erhält, was, wie festgestellt, im vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen werden kann.

In Anbetracht dieser Erwägungen muss angenommen werden, dass der Beschwerdeführer ausreichende Vorkehrungen getroffen hat, um die Verwirklichung des Tatbildes zu verhindern, weswegen eine Strafbarkeit des Beschwerdeführers als gemäß § 9 Abs. 2 VStG verantwortlicher Beauftragter ausgeschlossen ist.

3.6. Vor diesem Hintergrund war das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren mit Beschluss (VwGH 30.09.2014, Zl. Ra 2014/02/0045) einzustellen.

Zu Spruchpunkt B)

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

Nach Art 133 Abs. 9 iVm Abs. 4 B-VG ist gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn dieser von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil der Beschluss 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. 9 iVm 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 Judikatur.

### **Schlagworte**

Direktwerbung, Einlangen, Einstellung, Einwilligung des Empfängers, Fahrlässigkeit, Geldstrafe, Glaubhaftmachung, Kontrollsyste, mündliche Verhandlung, Solidarhaftung, Tatbestand, tatsächliches Zukommen, Ungehorsamsdelikt, verantwortlicher Beauftragter, Verfahrenseinstellung, Verschulden, Verwaltungsstrafe, Verwaltungsstrafverfahren, Verwaltungsübertretung, vorherige Einwilligung, Werbemail, Werbung, Widerruf, Zustimmungserfordernis

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

ECLI:AT:BVWG:2018:W157.2190476.1.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

22.03.2019

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)