

BVwG Urteil vom 27.6.2014, W120 2002340-1/2E, W120 2009118-1/2E – *News abbestellen*



Fundstellen: Dako 2016/10, 20 (*Haidinger*) = ZIIR 2016, 190 (*Thiele*)

- 1. Die Zusendung einer elektronischen Post zu Zwecken der Direktwerbung ist gemäß § 107 Abs 2 TKG 2003 ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, es sei denn, es lägen die im § 107 Abs 3 TKG 2003 genannten Voraussetzungen kumulativ vor, wofür die Beschuldigten eines Verwaltungsstrafverfahrens nach § 109 Abs 3 Z 20 leg.cit. behauptungs- und beweispflichtig sind.**
- 2. Der Rechtfertigungstatbestand für unverlangte elektronische Direktwerbung nach § 107 Abs 3 TKG 2003 soll gerade dann zur Anwendung kommen, wenn eine vorherige Zustimmung für die Zusendung elektronischer Werbepost gemäß Abs 2 leg.cit. nicht vorliegt.**
- 3. Bei Erfüllung sämtlicher Tatbestandsvoraussetzungen des § 107 Abs 3 Z 1 bis 4 TKG 2003 ist eine vorherige Zustimmung des Empfängers ebenso wenig erforderlich wie es bei Einholung der Zustimmung erforderlich ist, die sofortige, jederzeitige Abbestellmöglichkeit iS des Abs 3 Z 3 leg.cit. mit anzubieten.**
- 4. Der Link „News abbestellen“ am Ende einer E-Mail erfüllt die Anforderung nach § 107 Abs 3 Z 3 TKG 2003, dass bei jeder Übermittlung einer Werbe-E-Mail die Möglichkeit besteht, die weitere Zusendung zu untersagen.**

Leitsätze verfasst von Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

IM NAMEN DER REPUBLIK!

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

A) Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013 iVm § 113 Abs. 5a Telekommunikationsgesetz (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 idF BGBl. I Nr. 96/2013, und § 107 Abs. 2 und Abs. 3 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011 iVm § 38 VwGVG und § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 3/2008, aufgehoben.

B) Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 Bundesverfassungsgesetz (B-VG), BGBl. Nr. 1/1930 idF BGBl. I Nr. 164/2013, zulässig.

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.6. Weiters sei die Einwilligung auch nicht mehr aufrecht.

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

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

"Die Voraussetzung der Z 1 und Z 2 sind im gegenständlichen Fall als erfüllt anzusehen. Die Voraussetzungen der Z 3 sind aber nicht erfüllt. So wie die Einholung der Einwilligung für die Zusendung von Werbe-E-Mails in den AGB daran scheitert, dass es sich dabei nicht um eine freiwillige Erklärung der betroffenen Person handelt, so ist dadurch auch nicht die Möglichkeit gegeben gewesen, die Nutzung der elektronischen Kontaktinformation zur Zusendung von elektronischer Post schon bei der Erhebung abzulehnen. Zuerst ist die Einwilligung zu erteilen, um dann widerrufen werden zu können. Eine getrennte Ablehnung der Nutzung einer E-Mailadresse zur Zusendung von elektronischer Werbung ist nicht möglich. Der Bestellvorgang, bei dem die E-Mailadresse angegeben wird, ist als Zeitpunkt der Erhebung der elektronischen Kontaktinformation anzusehen. Zu diesem Zeitpunkt muss daher die Ablehnung der Nutzung möglich sein und nicht erst im Nachhinein. Damit ist aber das Erfordernis der Z 3 nicht erfüllt und somit kommt eine Anwendung des § 107 Abs 3 TKG auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht in Frage."

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

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

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

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

Zur Annahme der belangten Behörde, dass die Einwilligungsklausel nicht bestimmt genug abgefasst sei, argumentieren die Beschwerdeführer, dass dies einerseits vom Gesetzgeber nicht gefordert sei und andererseits die Webseite klar darlege, dass diese Daten nicht an Dritte weiter gegeben würden. Darüber hinaus wenden sich die Beschwerdeführer gegen die Annahme der belangten Behörde, dass die Geltungsdauer eines Vertrages mit Leistungserbringung enden solle. Die vorliegende Einwilligung sei ohne zeitliche Begrenzung erteilt worden.

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

Zusendung von elektronischer Werbung dann nicht möglich sein sollte, wenn dieses Probe-Abo automatisch endet. Die Zustimmung der Anzeiger sei ohnedies freiwillig erfolgt.

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

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

II. Das **Bundesverwaltungsgericht** hat erwogen:

[...]

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

"Ihre AboVorteilsNummer: xxxx

Sehr geehrte Frau xxxx,

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

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

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

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

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

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

3. **Rechtlich** ergibt sich daraus:

3.1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts:

Mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 (BGBl. I Nr. 51/2012) wurde mit 01.01.2014 (Art. 151 Abs 51 Z 6 BV-G) das Bundesverwaltungsgericht (Art. 129 B-VG) eingerichtet.

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

Gemäß § 113 Abs 5a TKG 2013 idF BGBl. I Nr. 96/2013 kann gegen Bescheide des Bundesministers bzw. der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie, der Fernmeldebüros und des Büros für Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen

und wegen Verletzung ihrer (seiner) Entscheidungspflicht in Verwaltungssachen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden.

Gemäß § 9 Abs 2 Z 1 VwGVG ist belangte Behörde in den Fällen des Art. 130 Abs 1 Z 1 B-VG jene Behörde, die den angefochtenen Bescheid erlassen hat - vorliegend sohin das Fernmeldebüro für Wien, Niederösterreich und Burgenland.

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

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

3.2. Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht:

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

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

3.3. Prüfungsumfang und Entscheidungsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts:

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

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

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

3.5. § 107 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003) BGBl. I Nr. 70/2003 in der hier maßgebenden Fassung BGBl. I Nr. 102/2011 lautet:

"Unerbetene Nachrichten

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

(1a) Bei Telefonanrufen zu Werbezwecken darf die Rufnummernanzeige durch den Anrufer nicht unterdrückt oder verfälscht werden und der Diensteanbieter nicht veranlasst werden, diese zu unterdrücken oder zu verfälschen.

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

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

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

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

(4) (Anm.: 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.

(6) Wurden Verwaltungsübertretungen nach Absatz 1, 2 oder 5 nicht im Inland begangen, gelten sie als an jenem Ort begangen, an dem die unerbetene Nachricht den Anschluss des Teilnehmers erreicht."

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

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

Die belangte Behörde ist im angefochtenen Straferkenntnis davon ausgegangen (Seite 10 des angefochtenen Bescheides), dass die Z 1 und 2 von § 107 Abs 3 im vorliegenden Fall erfüllt seien. Nicht erfüllt sei im vorliegenden Fall hingegen die Z 3 leg. cit. "So wie die Einholung der Einwilligung für die Zusendung von Werbe-E-Mails in den AGB daran scheitert, dass es sich dabei nicht um eine freiwillige Erklärung der betroffenen Person handelt, so ist dadurch

auch nicht die Möglichkeit gegeben gewesen, die Nutzung der elektronischen Kontaktinformation zur Zusendung von elektronischer Post schon bei der Erhebung abzulehnen. Zuerst ist die Einwilligung zu erteilen, um dann widerrufen werden zu können. Eine getrennte Ablehnung der Nutzung einer E-Mail Adresse zur Zusendung von elektronischer Werbung ist nicht möglich. Der Bestellvorgang, bei dem die E-Mail Adresse angegeben wird, ist als Zeitpunkt der Erhebung der elektronischen Kontaktinformation anzusehen. Zu diesem Zeitpunkt muss daher die Ablehnung der Nutzung möglich sein und nicht erst im Nachhinein."

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

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

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

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

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

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

3.11. Schon der divergierende Wortlaut von Abs 2 "ohne vorherige Einwilligung des Empfängers" und Abs 3 "klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren Erhebung ... kostenfrei und problemlos abzulehnen" zeigt aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes, dass in Abs 2 und Abs 3 leg. cit. nicht dasselbe Kalkül normiert wurde. Abgesehen davon kann dem Gesetzgeber aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts nicht unterstellt werden, dass er mit § 107 Abs 3 Z 3 einen Tatbestand geschaffen hat, der im Ergebnis dieselben Voraussetzungen normierte, wie § 107 Abs 2 TKG 2003, zumal Abs 3 gerade dann zur Anwendung kommen soll, wenn eine vorherige Zustimmung für die Zusendung elektronischer Post gemäß Abs 2 nicht vorliegt bzw. eine solche bei Erfüllung von Abs 3 leg. cit. eben nicht erforderlich sein. Die Notwendigkeit der Vorsehung einer ausdrücklichen Möglichkeit (etwa durch Anhängen eines "Extrakästchens"), die Nutzung im vorgenannten Sinn abzulehnen, liefe aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes aber gerade auf eine Parallelität von Abs 2 und Abs 3 Z 3 TKG 2003 hinaus und würde Abs 3 leg. cit. nahezu jeglichen Anwendungsbereich nehmen. Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes sprechen auch verfassungsrechtliche Überlegungen gegen die Annahme der belangten Behörde. Aus Sicht des Verfassungsgerichtshofes liegt eine dem rechtsstaatlichen Gebot widerstreitende Unbestimmtheit dann vor, wenn entweder die Umschreibung des strafbaren Verhaltens im einzelnen Tatbestand undeutlich wäre oder das Verhältnis der Tatbestände zueinander nicht geklärt werden könnte (vgl. dazu VfSlg. 8695; sowie allgemein zu den Determinierungsanforderungen im Strafrecht, Rill, Art 18 B-VG in Kneih/Lienbacher [Hg], Rill-Schäffer-Kommentar [1. Lfg 2001] Rz 65). Dieser Gedanke hat auch im vorliegenden Fall zu gelten, wiewohl es nicht um die Auslegung des Tatbestandes des § 107 Abs 2 TKG 2003 sondern um § 107 Abs 3 Z 3 leg. cit. geht. Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes könnte bei Zutreffen der Auslegung der belangten Behörde jedenfalls das Verhältnis der Tatbestände (Abs 2 und Abs 3) zueinander nicht geklärt werden. Ein derart enges Verständnis von "klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren Erhebung ... kostenfrei und problemlos abzulehnen" im Sinne der Einräumung einer speziellen Ablehnungsmöglichkeit, hätte aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes vor dem Hintergrund des Art. 18 B-VG vom Gesetzgeber aber deutlicher zum Ausdruck gebracht werden müssen. Für das Bundesverwaltungsgericht sprechen daher die besseren Gründe für die Annahme, dass der Adressat bei der Kontakterhebung über die Verwendung ausreichend informiert werden muss und darauf hingewiesen werden muss, dass er - kostenfrei und problemlos - diese Verwendung auch ablehnen kann. Gegen die Sichtweise der belangten Behörde spricht auch, dass der Gesetzgeber ausdrücklich ein bestimmtes Kalkül für diese Ablehnung normiert. Diese muss kostenfrei und problemlos möglich sein. Das deutet aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes auch daraufhin, dass aus Sicht des Gesetzgebers ein bestimmter Spielraum bestehen soll, innerhalb dessen diese Ablehnungsmöglichkeit rechtskonform eingeräumt werden kann.

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

"Im Rahmen einer bestehenden Kundenbeziehung ist es vertretbar, die Nutzung elektronischer Kontaktinformationen zuzulassen, damit ähnliche Produkte oder Dienstleistungen angeboten werden; dies gilt jedoch nur für dasselbe Unternehmen, das auch die Kontaktinformationen gemäß der Richtlinie 95/46/EG erhalten hat. Bei der Erlangung der Kontaktinformationen sollte der Kunde über deren weitere Nutzung zum Zweck der Direktwerbung klar und eindeutig unterrichtet werden und die Möglichkeit erhalten, diese

Verwendung abzulehnen. Diese Möglichkeit sollte ferner mit jeder weiteren als Direktwerbung gesendeten Nachricht gebührenfrei angeboten werden, wobei Kosten für die Übermittlung der Ablehnung nicht unter die Gebührenfreiheit fallen."

3.12. Fraglich ist im vorliegenden Zusammenhang, ob im konkreten Fall bei der Erlangung der Kontaktinformation die Möglichkeit im Sinne des Erwägungsgrundes eingeräumt wurde, die Verwendung abzulehnen. Dass eine Unterrichtung im Sinne des Erwägungsgrundes über die weitere Nutzung zum Zweck der Direktwerbung erfolgte, liegt aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes auf der Hand.

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

3.13. Aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum zweiten Tatbestandselement des § 107 Abs 3 Z 3 - "Empfänger klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation ... und zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen" - (vgl. das Erkenntnis vom 24.05.2012, Zl. 2010/03/0056) ergibt sich, dass der Empfänger dann nicht klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine Nutzung der elektronischen Kontaktinformation im Zusammenhang mit der (weiteren) Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen, wenn für den durchschnittlichen Empfänger keineswegs klar und deutlich sein musste, bei der konkreten Gestaltung dieser Ablehnungsmöglichkeit (im Beschwerdefall befand sich am Ende der SMS die Wortfolge "STOP" an [eine näher bezeichnete Telefonnummer]), dass er durch Übersendung dieser Wortfolge an die genannte Nummer weitere Zusendungen verhindern könne. Aus Sicht des Verwaltungsgerichtshofes hätte es dazu einer eindeutigen Information des Empfängers über die Bedeutung dieser Wortfolge bedurft.

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

Aufwand und somit kostenfrei und problemlos möglich, die in Rede stehende Nutzung der elektronischen Kontaktinformation abzulehnen.

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

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

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

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

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.

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

Anmerkung*

I. Das Problem

Im Anlassfall wurden zwei Geschäftsführer einer ZeitungsX-GmbH zu jeweiligen Geldstrafen samt Verfahrenskostensersatz iHv €770,- wegen Verstoßes gegen § 109 Abs 3 Z 20 TKG iVm § 9 Abs 1 VStG verurteilt. Ihr Unternehmen hatte Anfang 2013 unverlangte elektronische Post zum Erwerb eines Zeitschriftenabonnements an Online-Nutzer verschickt. Der Empfänger der Werbe-E-Mail führte in seiner Anzeige an die zuständige Fernmeldebehörde aus, dass er seit 2009 kein Kunde des verfahrensgegenständlichen Unternehmens mehr wäre und keine Einwilligung zum Erhalt der Direktwerbung erteilt hätte.

Die Beschuldigten beriefen sich auf die vom Kunden seinerzeit erteilte Zustimmung im Rahmen ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Pkt. II.3. der AGB) mit folgendem Wortlaut:

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

Die Behörde ging von einer mangelhaften Einwilligung aus, da bei der Online-Bestellung keine Möglichkeit bestanden habe, das Zeitungsabonnement in Anspruch zu nehmen, ohne gleichzeitig die Erklärung im Punkt II.3. der AGB abzugeben. Einer Empfehlung der Datenschutzkommission¹ folgend, wäre daher die Freiwilligkeit der rechtsgeschäftlichen Zustimmungserklärung nach § 4 Z 14 DSG 2000 nicht mehr gegeben. An der fehlenden Freiwilligkeit scheiterte auch eine Berufung auf § 107 Abs 3 TKG 2003, da bei der erstmaligen Einholung der Zustimmung, nicht die Möglichkeit gegeben gewesen war, die Nutzung der elektronischen Kontaktinformation schon bei der Erhebung abzulehnen; der in der Erstkontaktmail rechts unten befindlichen Link "News abbestellen" zur kostenfreien Ablehnung weiterer Übermittlung reichte dafür nicht aus. Im Übrigen wäre die Einwilligungsklausel nicht bestimmt genug abgefasst, da unklar bliebe, welche Unternehmen zur xxx-GmbH Gruppe gehörten. Schließlich hätte – selbst für den Fall ihrer Gültigkeit – die Einwilligung mit Ende des (seinerzeitigen) Vertrages ihre Gültigkeit verloren.

Gegen die Straferkenntnisse erhoben die Beschwerdeführer fristgerecht Berufung, sodass sich das BVwG mit der Zulässigkeit der Werbe-E-Mail nach den unterschiedlichen Regelung in § 107 Abs 2 und Abs 3 TKG 2003 auseinandersetzen musste, insbesondere damit, ob der Hinweis "News abbestellen" ausgereicht hatte.

II. Die Entscheidung des Gerichts

Das Verwaltungsgericht gab den Berufungen Folge und hob die Strafen ersatzlos auf. Das BVwG bejahte den Rechtfertigungsgrund des § 107 Abs 3 TKG 2003. Es ging nach den Sachverhaltsfeststellungen davon aus, dass an den Anzeiger ein Testabonnement der ZeitungsX-GmbH lautend auf den späteren E-Mail-Empfänger für den Zeitraum 15.01.2007 bis 11.02.2007 sowie ein bezahltes Abo an dieselbe Person für den Zeitraum 17.02.2007 bis 22.07.2009 ausgeliefert wurden. Bei beiden Bestellungen wurde jene E-Mail Adresse

* RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

¹ DSK 13.7.2012, K212.766/0010-DSK/2012 (Empfehlung) = jusIT 2012/67, 143 = Dako 2016/9, 19; dazu Thiele, Rechtssichere Zustimmungserklärungen in Online AGB – Eine Empfehlung der DSK, ZIR 2013, 16.

angegeben, an die der verfahrensgegenständliche Newsletter geschickt wurde. In beiden Fällen wurden jene allgemeinen Geschäftsbedingungen akzeptiert, die unter Punkt II.3. den in Rede stehenden Passus enthielten. Das verfahrensgegenständliche E-Mail war auch an den Abonnenten adressiert. Bereits bei der Bestellung des kostenlosen Probeabonnements wurden vom nunmehrigen Empfänger der elektronischen Post die Kontaktinformation für die Nachricht gegeben, sodass im Einklang mit § 107 Abs 3 Z 1 TKG 2003 davon ausgegangen werden kann, dass der Absender diese Kontaktinformation für die Nachricht im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hatte. Auf Grund des Inhaltes des verfahrensgegenständlichen E-Mails diente diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene Produkte der ZeitungX-GmbH, sodass § 107 Abs 3 Z 2 TKG 2003 ebenfalls erfüllt war. Es stand ferner fest, dass der E-Mail Empfänger nicht in die nach § 7 ECG zu führende Liste eingetragen war, sodass die weitere Voraussetzung der Z 4 leg.cit. ebenfalls vorlag. Das BVwG hielt die durch einen (externen) Link zur Verfügung gestellte Möglichkeit der Funktion „News abbestellen“ am Ende der ersten Testabo-E-Mail für ausreichend.² Damit hatte der Absender das jederzeitige Opt-Out gemäß § 107 Abs 3 Z 3 TKG 2003 gewahrt, um die weitere Zusendung der Direktwerbung zu unterbinden.

III. Kritische Würdigung und Ausblick

Bemerkenswert am vorliegenden Urteil ist vor allem die Deutlichkeit, mit der das BVwG – im Unterschied zur Strafbehörde – zwischen den beiden Rechtfertigungsgründen für elektronische Direktwerbung unterscheidet: Schon der divergierende Wortlaut von § 107 Abs 2 TKG 2003 "ohne vorherige Einwilligung des Empfängers" und Abs 3 Z 3 leg.cit. "klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren Erhebung ... kostenfrei und problemlos abzulehnen" zeigt, dass in beiden Fällen nicht dasselbe Kalkül normiert wurde. Die von der Verwaltungsbehörde vorgenommene Vermischung beider streng zu trennender Rechtfertigungen hat daher letztlich zur Aufhebung der Strafbescheide geführt.

In jedem Fall der **unverlangten Zusendung einer elektronischen Post nach § 107 TKG 2003** ist zwischen dem (ausdrücklichen) Zustimmungstatbestand nach Abs 2 leg.cit. und jenem der vermuteten (konkludent erteilten) Zustimmung nach Abs 3 leg.cit. zu unterscheiden.

Prüft man den Ausgangssachverhalt daran, so ist zunächst eine ausdrückliche Zustimmung des Zeitungsabonnenten zu dieser Art der Direktwerbung nicht erkennbar. Eine (wirksame) Einwilligung iSv § 107 Abs 2 TKG 2003 kann nur dann vorliegen, wenn der Betroffene im Zeitpunkt der Abgabe seiner Willenserklärung weiß, von welchem Unternehmen er Werbung zu erwarten hat und welche Produkte dabei beworben werden.³ Damit scheidet der Rechtfertigungstatbestand des § 107 Abs 2 TKG 2003 einer vorherigen Einwilligung zum Erhalt der Information über den Erwerb eines Zeitschriftenabonnements für die Online-Nutzer aus.

Zu prüfen bleibt daher der **mögliche Rechtfertigungsgrund des § 107 Abs 3 TKG 2003**, der unabhängig von einer Einwilligung nach Abs 2 leg.cit. erfüllt sein kann, weil in beiden Absätzen nicht dasselbe Kalkül normiert worden ist.⁴ Überblickmäßig müssen daher folgende Voraussetzungen erfüllt sein, damit die vorliegende, in der E-Mail enthaltene Werbung nach § 107 Abs 3 TKG 2003 zulässig ist:

² Vgl. VwGH 25.3.2009, 2008/03/0008 (Parfümerieprodukte) = ecolex 2009/207, 535 (*Primosch*) = jusIT 2009/46, 97 (*Bergauer*).

³ OGH 19.3.2013, 4 Ob 13/13k, jusIT 2013/41, 86 (*Thiele*) = ÖBl-LS 2013/50, 158 = RdW 2013/601, 607 = MR 2013, 193.

⁴ So zutreffend BVwG Urteil vom 27.6.2014, W120 2002340-1/2E, W120 2009118-1/2E (News abbestellen) = Dako 2016/10, 20 (*Haidinger*) = ZIIR 2016, 190 (*Thiele*).

- Im Rahmen einer bestehenden Kundenbeziehung
- über ähnliche Produkte oder Dienstleistungen
- Kennzeichnung als Werbung
- Das elektronische Postsystem ist so auszugestalten, dass die Teilnehmer Absender und Betreffzeile einer elektronischen Post sehen und die Post löschen können, ohne die gesamte Post oder deren Anlage herunterladen zu müssen.
- Opt-out-Möglichkeit mit jeder weiteren als Direktwerbung gesendeten Nachricht gebührenfrei anzubieten, d.h. in jeder E-Mail zu implementieren.
- Die Verwendung falscher Identitäten oder falscher Absenderadressen ist unzulässig.
- der Empfänger ist nicht in der sogenannten „Robinsonliste“ (§ 7 Abs 2 ECG) eingetragen

Die vorliegende Marketingidee korrekt umzusetzen, würde ein "**Privacy by Design**" erfordern, das sämtliche dieser Tatbestandelemente technisch erfüllt.

Ausblick: Das vorliegende Urteil hat die Opt-Out-Möglichkeit nach § 107 Abs 3 Z 3 TKG 2003 hält die durch einen (externen) Link zur Verfügung gestellte Möglichkeit der Funktion „News abbestellen“ am Ende der ersten Testabo-E-Mail für ausreichend.⁵ Unternehmen müssen folglich vorsichtig bei der Verwendung von Werbung im Footer von E-Mails sein. Der Versand von Bestätigungs-E-Mails mit Werbeinhalten sollte nur dann erfolgen, wenn eine vorherige Einwilligung des Empfängers eingeholt worden ist. Sollten Kunden der Übersendung solcher E-Mails widersprechen, ist ein Mechanismus erforderlich,⁶ der den Widerspruch erkennt und zudem sicherstellt, dass auf Werbeinhalte verzichtet wird. Es bildete jedoch eine technische Herausforderung, wie sich ein solcher Mechanismus – gerade bei automatisch generierten E-Mails – in die Praxis umsetzen lässt.

IV. Zusammenfassung

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes liegt dann kein strafbare Direktwerbung durch unverlangte E-Mails vor, wenn eine vorherige Zustimmung für die Zusendung elektronischer Post nicht notwendig ist, so der Empfänger klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation bei deren Erhebung und zusätzlich bei jeder Übermittlung kostenfrei und problemlos abzulehnen iSv § 107 Abs 3 Z 3 TKG 2003. Dies kann auch dadurch erfolgen, dass sich am Ende der E-Mail ein Link "News abbestellen" befindet.

⁵ Vgl. VwGH 25.3.2009, 2008/03/0008 (Parfümerieprodukte) = ecolex 2009/207, 535 (*Primosch*) = jusIT 2009/46, 97 (*Bergauer*).

⁶ Vgl. auch BGH 15.12.2015, VI ZR 134/15 (No-Reply-Mail) = CR 2016, 16 = GRUR-Prax 2016, 104 (*Schonhofen*) = wrp 2016, 493 (*Gramespacher*).