

# TE Bwvg Erkenntnis 2018/12/20 W179 2173607-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.12.2018

## Entscheidungsdatum

20.12.2018

## Norm

B-VG Art.133 Abs4  
TKG 2003 §107 Abs1  
TKG 2003 §109 Abs4 Z8  
TKG 2003 §113 Abs5a  
VStG 1950 §19 Abs1  
VStG 1950 §19 Abs2  
VStG 1950 §21  
VStG 1950 §45 Abs1  
VStG 1950 §45 Abs1 Z4  
VStG 1950 §5 Abs1  
VStG 1950 §64  
VStG 1950 §9 Abs1  
VStG 1950 §9 Abs7  
VwGVG §24 Abs1  
VwGVG §50  
VwGVG §52 Abs1

## Spruch

W179 2173607-1/6E

W179 2175333-1/8E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. iur. Eduard Hartwig PAULUS als Einzelrichter über die Beschwerden 1.) des XXXX ., geb am XXXX , als zur Vertretung der " XXXX " nach außen berufene Person und 2.) der " XXXX ", beide vertreten durch Mag. Patrick MANDL, Rechtsanwalt in 1090 Wien, Berggasse 22/1/16, gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros für XXXX vom XXXX , XXXX , betreffend eine Angelegenheit nach dem Telekommunikationsgesetz 2003, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am XXXX zu Recht erkannt:

SPRUCH

A) Beschwerden

In Stattgabe der Beschwerden wird der behördliche Ausspruch über die Strafhöhe und Kosten des Strafverfahrens mit der Maßgabe abgeändert, dass dieser nun lautet:

"Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wird gemäß § 109 Abs 4 Z 8 TKG 2003 idF BGBl I Nr 134/2015 iVm § 107 Abs 1 TKG 2003 idF BGBl I 102/2011 iVm § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 - VStG folgende Strafe über Sie verhängt:

Geldstrafe von € XXXX ;

falls diese uneinbringlich ist, eine Ersatzfreiheitsstrafe XXXX Stunden.

Die XXXX , haftet gemäß § 9 Abs 7 VStG für die verhängte Strafe, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Ferner haben Sie gemäß § 64 Verwaltungsstrafgesetz als Beitrag zu den Kosten des behördlichen Strafverfahrens € XXXX zu zahlen.

Der zu zahlende Gesamtbetrag beläuft sich daher auf € XXXX ."

B) Revision

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 nach einer erfolgten Aufforderung zur Rechtfertigung im Rahmen des behördlichen Strafverfahrens, dass der Erstbeschwerdeführer XXXX als zur Vertretung der zweitbeschwerdeführenden Partei (" XXXX ") nach außen berufene Person es zu verantworten habe, dass ein Anruf zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers getätigt wurde. Dadurch habe die erstbeschwerdeführende Partei gegen § 107 Abs 1 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003) in Verbindung mit § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) verstoßen und wurde wegen dieser Verwaltungsübertretung über den Erstbeschwerdeführer eine Geldstrafe in der Höhe von € XXXX (Ersatzfreiheitsstrafe XXXX Stunden) nach § 109 Abs 4 Z 8 TKG 2003 verhängt. Samt dem Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von € XXXX § 64 VStG) wurde der zu zahlende Gesamtbetrag mit insgesamt € XXXX festgesetzt.

Gemäß § 9 Abs 7 VStG wurde verfügt, dass die zweitbeschwerdeführende Partei für die verhängte Geldstrafe, sonstige in Geld bemessenen Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand haftet. (Die Aufforderung zur Rechtfertigung sowie das Straferkenntnis stellte die belangte Behörde der zweitbeschwerdeführenden Partei direkt zu.)

2. Gegen dieses Straferkenntnis wendet sich das per E-Mail bei der belangten Behörde eingelangte gemeinsame Rechtsmittel der zunächst unvertretenen Beschwerdeführer. (Da die Beschwerde im Namen des Erstbeschwerdeführers und im Namen der zweitbeschwerdeführenden Partei [arg: "und im Namen [sic!] XXXX "] erhoben wird, kommt das Gericht nicht umhin, davon auszugehen, dass zwei Beschwerden erhoben wurden, nämlich für den Erstbeschwerdeführer und die zweitbeschwerdeführende Partei.) Dieses von den Beschwerdeführern gemeinsam eingebrachte Rechtsmittel enthält als explizites Beschwerdebegehren ausschließlich die Bekämpfung der verhängten Strafhöhe und ist dieser ein "Screenshot" eines nicht ausgefüllten Beratungsprotokolls der XXXX beigeschlossen.

3. Mit bei der belangten Behörde eingebrachtem und als "Bescheidbeschwerde" überschriebenem Schreiben macht der Erstbeschwerdeführer in der Folge, nunmehr durch einen Rechtsanwalt vertreten, eine Beschwerdeergänzung; ficht das Straferkenntnis vollinhaltlich an und macht Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend. Dies mit dem Begehren an das Bundesverwaltungsgericht, 1.) eine mündliche Verhandlung durchzuführen, 2.) nach richtiger Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes das Straferkenntnis abzuändern und in der Sache dahingehend selbst zu entscheiden, dass der Erstbeschwerdeführer nicht bestraft werde, in eventu 3.) die gegen den Erstbeschwerdeführer verhängte Strafe tat- und schuldangemessen herabzusetzen.

Der Erstbeschwerdeführer bringt mit der Beschwerdeergänzung seinen Studienbeihilfebescheid der XXXX über den Bezug von monatlich € XXXX an Beihilfe für den Zeitraum XXXX in Vorlage.

4. Die belangte Behörde legt den Verwaltungsakt vor, verzichtet auf eine Beschwerdeentscheidung, erstattet keine Gegenschrift und beantragt die Abweisung der Beschwerden.

5. In der Folge führt das Bundesverwaltungsgericht eine ausführliche mündliche Beschwerdeverhandlung in Anwesenheit des anwaltlich vertretenen Erstbeschwerdeführers, der belangten Behörde und der Anzeigerin des inkriminierten Werbeanrufes ab, in der die von den Parteien aufgeworfenen Sach- und Rechtsfragen im Einzelnen erörtert werden, wobei der rechtsfreundliche Vertreter erklärt, sowohl den Erstbeschwerdeführer als auch die zweitbeschwerdeführende Partei zu vertreten. Am Ende der Beschwerdeverhandlung sind keine Beweisanträge offen und verzichten alle Parteien auf eine zweite Tagsatzung.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Der Erstbeschwerdeführer war für die XXXX von XXXX in unterschiedlichen Funktionen tätig, zunächst selbstständig als Zubringer/Tippgeber hinsichtlich möglicher Versicherungsnehmer, dann als vertraglich gebundener Vermittler, schließlich in der Funktion

XXXX als Angestellter der XXXX . Das damalige Versicherungssystem war in hierarchischer Hinsicht pyramidenmäßig aufgebaut, der Erstbeschwerdeführer hat die ihm rangmäßig unterstehenden "Leute" ausgebildet, welche die Kundenakquise betrieben haben. Bei Abschluss eines Versicherungsvertrages haben die Kundenbetreuer sodann dem Erstbeschwerdeführer die bereits unterschriebenen Antragsformulare vorgelegt zur Prüfung, ob alle Formalitäten (Unterschrift, richtiges Ankreuzen etc.) erfüllt waren und hat der Erstbeschwerdeführer diesfalls die bereits ausgefüllten und unterschriebenen Antragsformulare an die XXXX weitergereicht. Der Erstbeschwerdeführer war zum damaligen Zeitpunkt nach Eigendefinition "das Sammelbecken für die Verträge", weil es eine hohe Fluktuation bei den Mitarbeitern als Kundenberatern gab. Alle Verträge wurden auf der Seite des Versicherungsgebers (zunächst) von der XXXX als Versicherungsvermittler und dem jeweiligen Versicherungsnehmer als Kunden unterschrieben.

2. Im Zuge des Versicherungsvertragsabschlusses wurde im allgemeinen auch das aktenkundige Beratungsprotokoll der XXXX vom jeweiligen Kundenbetreuer der OVB und dem Versicherungsnehmer unterschrieben.

Dieses hatte damals standardisiert ua nachstehenden Inhalt:

XXXX 3. Am XXXX ist der Erstbeschwerdeführer (somit vor dem inkriminierten Anruf) aus der XXXX ausgeschieden und hat sich im Rahmen der Zweitbeschwerdeführerin ein eigenes Versicherungsmaklergeschäft mit eigenen Mitarbeitern aufgebaut. Aus seiner Zeit bei der XXXX verfügt der Erstbeschwerdeführer über eine Excel-Tabelle mit mehreren hundert Kundennamen der XXXX samt deren Kontaktdaten und die von diesen über die XXXX abgeschlossenen Versicherungsprodukten.

4. XXXX (nachfolgend: Anzeigerin oder angerufene Teilnehmerin) hat vor dem inkriminierten Tatzeitpunkt über die XXXX eine Lebensversicherung bei der XXXX abgeschlossen. Dieser Vertrag war im Zeitpunkt des inkriminierten Anrufes weiterhin aufrecht. Der Erstbeschwerdeführer hat das Finanzprodukt der Anzeigerin nicht selbst als XXXX abgeschlossen.

5. Herr XXXX, geboren am XXXX, nachfolgend auch Anrufer, war im Zeitpunkt des inkriminierten Telefonanrufes Mitarbeiter (Lehrling) der Zweitbeschwerdeführerin. Er bekam vor dem besagten Anruf "die alten Kontaktdaten" des Erstbeschwerdeführers aus der XXXX samt Information, welche Versicherungsprodukte die Kunden damals über die XXXX abgeschlossen hatten, und den Auftrag, die früheren XXXX-Kunden anzurufen. Der vom Erstbeschwerdeführer an den Anrufer erteilte Auftrag enthielt jedenfalls auch die Order, die anzurufenden XXXX-Kunden über eine in den jeweiligen von diesen über die XXXX als Versicherungsvermittler abgeschlossenen Versicherungsprodukten enthaltenen fehlerhaften Rücktrittsklausel, die es den Kunden ermöglichen würde, aus den Versicherungsprodukten "ohne Nachteile auszusteigen", zu informieren.

6. Zum inkriminierten Anruf ist festzustellen:

6.1. Der Erstbeschwerdeführer ist und war zum Tatzeitpunkt unbeschränkt haftender Gesellschafter der zweitbeschwerdeführenden Partei (Firmenbuchnummer XXXX) mit Sitz in XXXX, XXXX, und somit deren außenvertretungsbefugtes Organ.

6.2. Inhaber des Telefonanschlusses XXXX war zum Tatzeitpunkt die Mutter des Anrufers, genutzt wurde dieses Mobiltelefon allerdings vom Anrufer, dh die Mutter hatte für den Sohn ein Mobiltelefon angemeldet und wurde dieses von jenem genutzt.

6.3. Am XXXX um XXXX Uhr rief besagter XXXX als Mitarbeiter der "XXXX" und im Auftrag derselben, weil sein Firmenmobiletelefon an diesem Tag kaputt war ausgehend von dem von ihm privat genutzten Mobiltelefon mit der Anschlussnummer XXXX, die Anzeigerin XXXX unter deren Teilnehmeranschluss XXXX an.

6.4. Der Anrufer teilte der Anzeigerin mit, dass die Firma XXXX die Nachfolgefirma der XXXX sei, dieser Standort allerdings vor Kurzem geschlossen worden sei, das bisherige Finanzprodukt der Anzeigerin bei der XXXX Verluste mache, jedoch die Anzeigerin über eine damals fehlerhafte Rücktrittsklausel die Möglichkeit habe, aus besagtem Versicherungsprodukt auszusteigen, und war dieser Anruf jedenfalls mit der Verkaufsabsicht anderer Versicherungsprodukte über die Zweitbeschwerdeführerin als Versicherungsvermittler verbunden.

Die Anzeigerin brach daraufhin das Gespräch ab, sagte, sie habe keine Zeit. Am XXXX, somit nach der erstatteten Anzeige vom XXXX, erfolgte ein zweites Telefonat mit demselben Inhalt, zwischenzeitig hatte sich die Anzeigerin allerdings bei ihrem XXXX-Berater in Wien informiert und beendete dieses Telefonat noch rascher.

6.5. Die Beschwerdeführer sind nicht Rechtsnachfolger der XXXX. Die Beschwerdeführer sind auch nicht anstelle der XXXX in die mit den XXXX-Kunden abgeschlossene Beratungsprotokolle eingetreten. Die Anzeigerin hat weder dem Erstbeschwerdeführer noch der Zweitbeschwerdeführerin direkt eine Einwilligung erteilt, sie telefonisch zu Werbezwecken zu kontaktieren.

7. Die Beschwerdeführer konnten das Vorliegen eines wirksamen Kontrollsystems nicht nachweisen, noch erstatten sie dazu ein substantiiertes Vorbringen. Sie berufen sich auf einen Leitfaden zum rechtskonformen Telefonieren für Mitarbeiter, legen diesen jedoch weder vor noch führen sie zu diesem substantiiert aus.

8. Der Erstbeschwerdeführer erhält im Monat an Studienbeihilfe als Student des XXXX Euro XXXX, wird von den Eltern regelmäßig unterstützt und erzielt im Monat mindestens ein Nettoeinkommen von Euro XXXX aus seinen Versicherungstätigkeiten im Rahmen der Zweitbeschwerdeführerin, sodass das Bundesverwaltungsgericht von einem monatlichen Mindestnettoeinkommen des Erstbeschwerdeführers von Euro XXXX,- ausgeht. Der Erstbeschwerdeführer hat kein nennenswertes Vermögen und keine Sorgepflichten zu bedienen.

9. Der Erstbeschwerdeführer ist hinsichtlich § 107 TKG 2003 unbescholten. Gründe, die für eine allfällige erschwerende Subsumption in Frage kämen, konnten nicht festgestellt werden. Die belangte Behörde ging von einem Verschulden des Erstbeschwerdeführers in Form einer fahrlässigen Begehung aus.

## 2. Beweiswürdigung:

1. Zur Feststellung des für die Entscheidung maßgebenden Sachverhaltes wurde im Rahmen des Ermittlungsverfahrens Beweis erhoben mittels Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht sowie Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde und in den Gerichtsakt - insbesondere in das angefochtene Straferkenntnis und die dagegen erhobenen Beschwerden samt Beschwerdeergänzung.

2. Die Feststellungen zur Funktion und Tätigkeit des Erstbeschwerdeführers für die XXXX beruhen auf dessen Angaben in der mündlichen Verhandlung.

3. Der Umstand, dass die XXXX bei Vertragsabschluss den jeweiligen Versicherungsnehmer im Allgemeinen auch ein XXXX-Beratungsprotokoll mit standardisierten Textbausteinen unterschreiben ließ, sowie dessen Inhalt, erschließt sich aus den in diesem Punkte glaubwürdigen Angaben des Erstbeschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung sowie den schlecht, jedoch durchaus noch leserlichen Kopien desselben, welche die Beschwerdeführer im Zuge ihrer behördlichen Rechtfertigung, als auch mit ihrer Beschwerde dem Bundesverwaltungsgericht vorlegten.

4. Dass sich der Erstbeschwerdeführer nach seinem Ausscheiden aus der XXXX ein eigenes Versicherungsmaklergeschäft im Rahmen der Zweitbeschwerdeführerin aufgebaut hat, ergibt sich aus dessen Angaben in der Beschwerdeverhandlung. Die Feststellung über eine umfangreiche Excel-Tabelle mit Kundendaten der XXXX erschließt sich ebenso aus dessen widerspruchsfreien diesbezüglichen mehrfachen Aussagen.

5. Soweit der Erstbeschwerdeführer behauptet, ihm seien auch bei seinem Ausscheiden aus der XXXX rund XXXX Akten von XXXX-Kunden in physischer Form mitgegeben worden, habe er diese allerdings zwischenzeitig samt den

zugehörigen Beratungsprotokollen "weggeschmissen", weil er ohnedies die Excel-Tabelle habe, sowie zu einem späteren Verhandlungszeitpunkt nochmals ausführt, er habe rund

XXXX Stück physisch mitbekommen sowie seien die restlichen Kunden in Anzahl von ca XXXX Stück jene, die keinen aktiven Betreuer gehabt hätten, vermag dies zunächst glaubhaft die Feststellung zu stützen, dass der Erstbeschwerdeführer eben über die genannte Excel-Tabelle mit mehreren hundert Kundendaten der XXXX verfügt. Allerdings vermochte der Erstbeschwerdeführer hier das erkennende Gericht in Gesamtbetrachtung seiner Stimmlage, Mimik und Gestik nicht zu überzeugen, dass ihm tatsächlich zum Zwecke des Aufbaues eines eigenen und damit Konkurrenz-Geschäftes die Kundenakten der XXXX physisch mitgegeben wurden, sodass auf eine diesbezügliche Feststellung hiergerichtlich zu verzichten war, zumal der Beschwerdeführer zu dieser Aussage keine Beweismittel vorlegt noch (außer der eigenen Parteiaussage) anderweitige Beweisangebote erstattet bzw Beweisanträge stellt. Zudem kann - wie unter der rechtlichen Würdigung noch zu zeigen ist - dem Vorgang des behaupteten Aushändigens von physischen Kundenakten ohnedies nicht die Vermittlung einer Einwilligung zum Werbeanruf innewohnen, können solche Einwilligungen doch nicht transferiert werden.

6. Es ist zwischen den Parteien unstrittig, dass die Anzeigerin über die XXXX das genannte Versicherungsprodukt der XXXX abgeschlossen hat und dieses zum Tatzeitpunkt weiterhin aufrecht war. Dass der genannte Vertrag auf Seiten der XXXX nicht vom Erstbeschwerdeführer (als Kundenbetreuer) abgeschlossen wurde, ergibt sich aus den übereinstimmenden Angaben der Parteien in der Beschwerdeverhandlung (vergleiche Seite 6 des Verhandlungsprotokolls, wenn auf Frage des Richters: "Diese beiden Verträge, um die es ging, haben Sie diese abgeschlossen?", der Erstbeschwerdeführer antwortet: "Nein.;" sowie auf Seite 11 des Verhandlungsprotokolls, wenn die Anzeigerin als Zeuge angibt, sie sei immer bei der XXXX gewesen, der Erstbeschwerdeführer jedoch geographisch bei der XXXX saß; wenn er angibt, die XXXX Wien sei ihm und damit auch der Betreuer der Anzeigerin unterstellt gewesen (vgl S 12 des hg Verhandlungsprotkolls) bestätigt dies nur, dass er selbst nicht der XXXX-Betreuer der Anzeigerin war.)

7. Der Erstbeschwerdeführer kann kein von der Anzeigerin unterfertigtes Beratungsprotokoll in Vorlage bringen. Da der Abschluss eines solches Beratungsprotokolls als Maklervertrag bei der XXXX glaubhaft Usus war, ist es wahrscheinlich, jedoch keineswegs bewiesen, dass die Anzeigerin bei der XXXX damals auch ein diesbezügliches Beraterprotokoll unterschrieben hat. Da dem Gericht das damals allenfalls unterfertigte Beratungsprotokoll nicht vorliegt, kann nicht zweifelsfrei festgestellt werden, ob dieses (im Falle seiner Existenz) hinsichtlich des oben dargestellten Inhaltes des standardisierten Beratungsprotokolls vollständig wortident, teilweise davon abweichend oder davon völlig verschieden war, sodass eine diesbezügliche Feststellung nicht getroffen werden kann. Weiterführende Ermittlungen des Gerichtes in diese Richtung konnten unterbleiben, weil selbst bei Wahrunterstellung des Beschwerdevorbringens, dass ein solches Beratungsprotokoll von der Anzeigern unterschrieben worden war und es mit dem Inhalt des oben festgestellte standardisierte Formblattes wortident war, dies nicht zu einer Einwilligung zu einem Werbeanruf von Mitarbeitern der Zweitbeschwerdeführerin bei der Anzeigerin führt. Dass der Erstbeschwerdeführer das von der Anzeigerin allenfalls unterfertigte Beratungsprotokoll nicht selbst als XXXX-Berater unterschrieb, ergibt sich bereits daraus, dass er nicht der zuständige anwesende XXXX-Berater in XXXX war. Soweit der Erstbeschwerdeführer angibt, die Unterlagen und damit auch die Beratungsprotokolle seien in der Folge über seinen Schreibtisch zur Kontrolle der Formalitäten "gewandert", ändert dies nichts an dieser Feststellung.

8. Es ist zwischen den Parteien unstrittig, dass der Anrufer im Zeitpunkt des inkriminierten Anrufes Mitarbeiter der Zweitbeschwerdeführerin war und stellte dies der Anrufer selbst in der Beschwerdeverhandlung auf Nachfrage der belangten Behörde nochmals richtig und klar. Dass er zum Zwecke der Anrufe die alten XXXX-Kundendaten des Erstbeschwerdeführers bekam, erschließt sich widerspruchsfrei aus den diesbezüglichen Angaben des Anrufers und des Erstbeschwerdeführers in der Beschwerdeverhandlung. Wenn der Anrufer in der Verhandlung angibt, er habe jedoch keine Informationen zur abgeschlossenen Versicherungsprodukte erhalten, ist dies nicht möglich und auf Erinnerungslücken wegen des inzwischen eingetretenen Zeitablaufes zurückzuführen, weil er sonst die Anzeigerin, wie von dieser durchgängig konsistent und glaubwürdig angegeben, nicht auf ihr Versicherungsprodukt ansprechen hätte können, zumal auch der Erstbeschwerdeführer angibt, dass der Anrufer über die Rücktrittsklausel informieren sollte, was ohne Nennung des Finanzproduktes gar nicht möglich ist.

Der diesbezügliche Auftrag des Erstbeschwerdeführers zur Information über die fehlerhafte und damit auszuübende Rücktrittsmöglichkeit beruht auf dessen (in diesem Fall) glaubwürdigen Angaben in der Beschwerdeverhandlung,

zumal er in diesem Zusammenhang auch ins Treffen führt, dass der VKI diesbezüglich seinerzeit eine Sammelklage führte, was hiergerichtlich nicht weiter nachzuprüfen war, weil es selbst bei Wahrunterstellung dieses Umstandes bei der durch den Anrufer zweifelsfrei kommunizierten Verkaufsabsicht und damit bei der behördlich festgestellten Verwaltungsübertretung bleibt. Ob der Erstbeschwerdeführer dem genannten Mitarbeiter auch den Auftrag erteilte, der Anzeigerin in Verkaufsabsicht andere Versicherungsprodukte anzubieten, oder dieser dies ohne Auftrag selbstständig im Telefonat machte, kann in sachverhaltsfeststellender Hinsicht nämlich dahingestellt bleiben, weil sich die Zweitbeschwerdeführerin und damit der Erstbeschwerdeführer als das nach außen vertretungsbefugte Organ in weiterer Folge in rechtlicher Hinsicht die Handlungen des Mitarbeiters (ohne funktionierendes Kontrollsystem) zurechnen lassen müssen.

9. Wenngleich die Beschwerdeführer in ihrer Rechtfertigung vor der Behörde die Anzeigerin noch nicht kennen wollen, dies allerdings in der Beschwerde gar nicht mehr und im Rahmen der Beschwerdeergänzung bloß im Verfahrensgang bei der Darstellung des Inhaltes der Rechtfertigung wiederholen, wird dies in der Beschwerdeverhandlung nicht mehr aufrechterhalten; sondern der Umstand, dass der Anrufer im Auftrag des Erstbeschwerdeführers die Anzeigerin anrief, zugestanden (vgl. ua Seite 8 der hg Protokolls). Die vorläufige Verneinung des beschriebenen Umstandes mag auch damit zusammenhängen, dass der Anrufer von seinem privat genutzten Handy aus anrief, weil sein Firmenmobiltelefon, wie in der hg Verhandlung hervorkam, damals defekt war.

Es ist somit im Beschwerdeverfahren zwischen den Parteien unstrittig, dass der Anrufer die Anzeigerin im Namen der Zweitbeschwerdeführerin ausgehend von besagter privater Telefonnummer unter der Telefonnummer der Anzeigerin zum Tatzeitpunkt anrief, der Erstbeschwerdeführer zu diesem Zeitpunkt das nach außen vertretungsbefugte und haftende Organ der Zweitbeschwerdeführerin war, und der Anrufer die Anzeigerin über die Möglichkeit des Ausstiegs aus besagtem Versicherungsprodukte mithilfe einer fehlerhaften Rücktrittsklausel informierte.

Dass der Anzeigerin vom Anrufer mitgeteilt wurde, 1.) die Firma XXXX sei die Nachfolgefirma der XXXX und sei letztere Standort vor Kurzem geschlossen worden sei, sowie 2.) das bisherige Finanzprodukt der Anzeigerin bei der XXXX mache Verluste, beruht auf den konsistent gleichbleibenden widerspruchsfreien sowie äußerst glaubwürdigen Angaben der Anzeigerin (vgl. nur Anzeige-Email vom XXXX; ausgefülltes Anzeigeformular; Telefonat mit der Behörde am XXXX; hg Beschwerdeverhandlung). Die angesprochenen Verluste werden auch von den Beschwerdeführern als Grund für den Anruf neben der Rücktrittsklausel genannt.

Soweit die Anzeigerin in der Beschwerdeverhandlung trotz mehrfacher aus verschiedenen Richtungen kommenden Fragen der Beschwerdeführer nachhaltig und äußerst glaubwürdig angibt, unabhängig von der damaligen Wortwahl, die ihr zwischenzeitig entfallen ist, sei ihr abstrakt "was Besseres" [gemeint: ein besseres Versicherungsprodukt] vorgeschlagen worden, war dies für das erkennende Gericht zweifelsfrei überzeugend, und deckt sich auch mit den bisherigen Angaben der Anzeigerin im Behördenakt (vergleiche nur die behördliche telefonische Einvernahme vom XXXX: "Er bot eine Terminvereinbarung für die weitere Beratung und den Abschluss einer neuen Versicherung an."). Nach Überzeugung des erkennenden Gerichtes auf den Boden der äußerst glaubwürdigen Aussage der Anzeigerin in der hiergerichtlichen Verhandlung, welche mit der damaligen telefonischen Angabe gegenüber der belangten Behörde übereinstimmt, erfolgte der Anruf jedenfalls in Verkaufsabsicht für ein anderes Versicherungsprodukt.

Soweit der Erstbeschwerdeführer mutmaßt, die Anzeigerin sei von ihrem XXXX-Betreuer zur Anzeige "angestiftet" worden, ändert dies an der Erfüllung des objektiven Tatbestandes und der subjektiven Verantwortlichkeit des Erstbeschwerdeführers nichts. Gleichwohl verkennt das Gericht nicht, dass es offensichtlich beruhend auf den Angaben des Erstbeschwerdeführers durchaus Verstimmungen zwischen der XXXX und der Zweitbeschwerdeführerin gibt. In Summe waren jedoch alle Antworten der Anzeigerin sowohl sprachlich, gestisch und mimisch, somit vom Gesamteindruck her, sehr authentisch und überzeugend und klar erkennbar, dass diese darüber, dass der Anrufer über ihr Versicherungsprodukte Bescheid wusste und sie auf dieses ansprach, sehr entrüstet war und noch heute ist.

Der Verkaufsabsicht konnte der Anrufer in der Beschwerdeverhandlung nicht überzeugend entgegengetreten, gab er doch an, sich an das Gespräch selbst nicht mehr zu erinnern ("Z: Ich kann mich an beide Gespräche nicht mehr erinnern."). Soweit er auf Nachfrage des Erstbeschwerdeführers, ob der Gesprächsinhalt immer der gleiche war, angibt, dies sei so gewesen und er habe über die Rücktrittsklausel informiert, ist dies mit den Angaben der Anzeigerin konform, weicht jedoch ab, wenn der Anrufer weiter ausführt, er habe die angerufenen Kontakte aufgefordert, sich mit

ihrem jeweiligen XXXX-Berater zusammensetzen und von diesem nicht einschüchtern zu lassen, erheblich ab, war der Anrufer bei dieser Aussage gänzlich nicht überzeugend, und ist dies bestenfalls als Erinnerungslücke zu klassifizieren, zumal er selbst angibt, sich eben an das besagte Telefonat nicht zu erinnern.

10. Der Erstbeschwerdeführer gibt selbst in der Beschwerdeverhandlung an, nicht Rechtsnachfolger der XXXX zu sein. Dass die Beschwerdeführer in die von der XXXX mit ihren Kunden abgeschlossenen Beratungsprotokolle eingetreten seien, bringen die Beschwerdeführer nicht vor, zumal dies eines expliziten Einverständnisses der Kunden, und damit der Anzeigerin (sofern sie solch ein Beratungsprotokoll überhaupt unterschrieben hat) bedurft hätte, was offenkundig nicht vorliegt. Die Beschwerdeführer unternehmen nicht einmal den Versuch, zu monieren, dass die Anzeigerin ihnen gegenüber - direkt - ihre Einwilligung zu einem Werbeanruf vorab erteilt hätte, sodass dies auch auf dem Boden der erfolgten Anzeige auszuschließen war.

11. Die Höhe der Studienbeihilfe belegt der Erstbeschwerdeführer mit einem Studienbeihilfenbescheid vergangenen Jahres und führt aus, dass er weiterhin im Monat rund € XXXX Studienbeihilfe beziehe, weswegen die ursprünglich belegte Höhe von € XXXX richtigerweise festgestellt werden konnte. Wenn der Erstbeschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung sein Einkommen aus Versicherungstätigkeiten im Jahr zwischen € XXXX beziffert, hiebei jedoch auf das erkennende Gericht stark untertreibend und selbst von seinen diesbezüglichen Ausführungen nicht überzeugt wirkt, muss das Gericht jedenfalls davon ausgehen, dass, wenn überhaupt, der obere angegebene Rand von € XXXX zutreffend und damit das monatliche Nettoeinkommen aus Versicherungstätigkeiten mindestens, jedoch vermutlich mehr als €

XXXX beträgt. Soweit der Erstbeschwerdeführer in der Beschwerde unvertreten noch zugibt, auch "von seinen Eltern zu leben", dies vertreten in der Beschwerdeergänzung jedoch nicht mehr moniert, geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass die erste Angabe die zutreffende war. Aufgrund des Gesamteindrucks kommt das erkennende Gericht nicht umhin, von einem monatlichen Mindestnettoeinkommen des Erstbeschwerdeführers in der Höhe von Euro XXXX,- auszugehen, zumal das Gericht davon überzeugt ist, dass diese Schätzung dem Erstbeschwerdeführer noch entgegenkommend gering angesetzt ist und hier nochmals auf den Eindruck der starken Untertreibung durch den Erstbeschwerdeführer hingewiesen werden muss. Immerhin wäre es ihm möglich gewesen, Geschäftsunterlagen der Zweitbeschwerdeführerin und seine eigenen Einkommensteuerunterlagen vorzulegen, was er allerdings unterlassen hat. Dass er kein nennenswertes Vermögen und keine Sorgepflichten hat, beruht auf seinen glaubwürdigen Angaben in der Beschwerdewandlung.

12. Die Unbescholtenheit des Erstbeschwerdeführers ergibt sich aus dem Verwaltungsakt und sind aus den Akten und der durchgeführten Verhandlung keine Erschwerungsgründe zu erkennen.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

#### 3.1. Verfahrensverbinding:

1. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 24 VStG iVm § 39 Abs 2 AVG werden die beiden vorliegenden Beschwerdeverfahren aus Gründen der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

Soweit in der Beschwerdeverhandlung hervorgekommen ist, dass die angerufene Teilnehmerin nach der von ihr eingebrachten Anzeige nochmals vom Mitarbeiter der Zweitbeschwerdeführerin angerufen worden war, ist dieser zweite Anruf nicht Gegenstand des in Beschwer gezogenen Straferkenntnisses und damit in diesem Beschwerdeverfahren nicht gegenständlich; zumal zu diesem Anruf noch keine behördliche Aufforderung zur Rechtfertigung ergangen ist, und die Zweitbeschwerdeführerin zu diesem Tatvorwurf noch nicht dem Verfahren als solidarisch haftende juristische Person beigezogen wurde.

#### 3.2. Zu Spruchpunkt A):

2. Das Bundesverwaltungsgericht hat über die rechtzeitig erhobenen Beschwerden erwogen:

a) Rechtsnormen (unter Bedachtnahme auf § 1 Abs 2 VStG)

3. Die vorliegend relevanten Bestimmungen des § 107 TKG 2003 idF BGBl I Nr 102/2011 sowie des § 109 TKG 2003 idF BGBl I Nr 134/2015 lauten (auszugsweise) wortwörtlich:

"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.

(2) Die Zusendung einer elektronischen Post (...)

(3) (...)

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

(5) (...)

(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."

"Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 109. (1) (...)

(2) (...)

(3) (...)

(4) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu 58 000 Euro zu bestrafen, wer

1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. (...)

5. (...)

6. (...)

7. (...)

8. entgegen § 107 Abs. 1 Anrufe zu Werbezwecken tätigt.

4. § 107 TKG 2003 setzt 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 um.

Erwägungsgrund 40 der Richtlinie 2002/58/EG lautet:

"(40) Es sollten Vorkehrungen getroffen werden, um die Teilnehmer gegen die Verletzung ihrer Privatsphäre durch unerbetene Nachrichten für Zwecke der Direktwerbung, insbesondere durch automatische Anrufsysteme, Faxgeräte und elektronische Post, einschließlich SMS, zu schützen. Diese Formen von unerbetenen Werbenachrichten können zum einen relativ leicht und preiswert zu versenden sein und zum anderen eine Belastung und/oder einen Kostenaufwand für den Empfänger bedeuten. Darüber hinaus kann in einigen Fällen ihr Umfang auch Schwierigkeiten für die elektronischen Kommunikationsnetze und die Endgeräte verursachen. Bei solchen Formen unerbetener Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung ist es gerechtfertigt, zu verlangen, die Einwilligung der Empfänger einzuholen, bevor ihnen solche Nachrichten gesandt werden. Der Binnenmarkt verlangt einen harmonisierten Ansatz, damit für die Unternehmen und die Nutzer einfache, gemeinschaftsweite Regeln gelten."

5. § 5 Abs 1 VStG idF BGBl Nr 52/1991 lautet wortwörtlich:

"(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."



6. § 19 VStG idF BGBl I Nr 33/2013 lautet wortwörtlich:

"§ 19. (1) Grundlage für die Bemessung der Strafe sind die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

(2) Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen."

7. § 45 Abs 1 VStG idF BGBl I Nr 33/2013 lautet wortwörtlich:

"§ 45. (1) Die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn

- 1.-die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet;
- 2.-der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen;
- 3.-Umstände vorliegen, die die Verfolgung ausschließen;
- 4.-die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind;
- 5.-die Strafverfolgung nicht möglich ist;
- 6.-die Strafverfolgung einen Aufwand verursachen würde, der gemessen an der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat unverhältnismäßig wäre.

Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten."

8. § 21 VStG idF BGBl I Nr 33/2013 trug folgenden Wortlaut:

"Absehen von der Strafe

§ 21. (1) Die Behörde kann ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den Beschuldigten von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten. (1a) Die Behörde kann von der Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens absehen, wenn die Verfolgung aussichtslos erscheint oder der hierfür erforderliche Aufwand in einem Missverhältnis zum Grad und zur Bedeutung der in der Verwaltungsübertretung liegenden Verletzung öffentlicher Interessen steht. (1b) Unter den in Abs. 1 genannten Voraussetzungen können die Verwaltungsbehörden von der Erstattung einer Anzeige absehen. (2)

Unter den in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen können die Organe der öffentlichen Aufsicht von der Verhängung einer Organstrafverfügung oder von der Erstattung einer Anzeige absehen; sie können den Täter in solchen Fällen in geeigneter Weise auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens aufmerksam machen."

b) Objektiver Tatbestand

9. Die Beschwerdeführer stellen, wie dargestellt, den objektiven Tatbestand hinsichtlich dessen, dass die Anzeigerin unter ihrem Teilnehmeranschluss von einem der Mitarbeiter der Zweitbeschwerdeführerin ausgehend vom genannten Anschluss zur Tatzeit angerufen wurde, ausdrücklich außer Streit, bestreiten allerdings den Werbezweck sowie die fehlende Einwilligung zum Anruf.

10. Nach der Rsp des VwGH vom 26.06.2013, 2013/03/0048, ist der Zweck des Schutzes der Privatsphäre (vgl dazu OGH 18. Mai 1999, 4 Ob 113/99t, OGH vom 29. April 2003, 4 Ob 24/03p, und OGH vom 2. August 2005, 1 Ob 104/05h, unter Hinweis auf das E des Verfassungsgerichtshofs vom 10. Oktober 2002, G 267/01 ua, VfSlg 16.688) bei der Auslegung

des Begriffs "zu Werbezwecken" zu berücksichtigen, sodass der Begriff "zu Werbezwecken" in § 107 Abs 1 TKG 2003 jedenfalls auch die Anbahnung des Abschlusses eines Vertrags mit der Zweitbeschwerdeführerin im Rahmen der Anpreisung eines Produkts bzw eines Verkaufsgesprächs erfasst (Hinweis E vom 25. Februar 2004, 2003/03/0284, VwSlg 16.297A).

Zudem ist der Begriff der Werbung weit auszulegen (vgl Riez in Riez/Schilchegger (Hrsg), TKG - Telekommunikationsgesetz, Verlag Österreich, 1. Aufl. 2016, § 107 Rz 20 mwN) und kommt es auf eine Entgeltlichkeit der Werbung nicht an (vgl Riez aaO, Rz 22 mHa Feiel/Lehofer, TKG 301; Lehofer, RFG 2006, 57;

Koller/Singer/Steinmaurer in Bauer/Reimer, Handbuch 435).

Vor diesem Hintergrund und dem beweismäßig festgestellten Umstand, dass der Inhalt des Gespräches jedenfalls mit einer Verkaufsabsicht durch den Anrufer verbunden war, ist der inkriminierte Anruf als "Anruf zu Werbezwecken" im Sinne des § 107 Abs 1 TKG 2003 zu klassifizieren.

11. Zur Frage der Einwilligung:

11.1. Hier stützt sich insbesondere der Erstbeschwerdeführer auf das in standardisierter Form vorgelegte allgemeine Beratungsprotokoll und dessen nachstehend abgebildeten Textbaustein, und behauptet, dass der Erstbeschwerdeführer mit dem Begriff "Berater" gemeint sei:

"Ich gebe bis auf Widerruf meine Einwilligung, dass meine persönlichen Daten automationsunterstützt von der XXXX/Berater verarbeitet und ausschließlich in Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen an Dritte auf elektronischem Weg weitergegeben werden dürfen. Ich erkläre ausdrücklich, gemäß § 62 WAG 2007 iVm §

107 TKG mit Anrufen bzw Zusendungen ... zu Werbezwecken

einverstanden zu sein, wie mit der elektronischen Verarbeitung meiner Daten."

Selbst bei Wahrunterstellung dessen, dass die Anzeigerin ein Beratungsprotokoll mit dem soeben dargestellten Inhalt unterschrieb, was keineswegs bewiesen ist, vermag dies aus nachstehenden Erwägungen keine Einwilligung zu vermitteln:

11.2. Das vorgelegte Beratungsprotokoll ist in rechtlicher Hinsicht ein Versicherungsmaklervertrag zwischen der XXXX und dem jeweiligen Kunden, wobei der Begriff "XXXX/Berater" seinem objektiven Erklärungswert zufolge nur so verstanden werden kann, dass davon sowohl die bei der XXXX angestellten Mitarbeiter als auch die für die XXXX als selbstständig tätige Versicherungsvermittler umfasst sind (führt doch der Erstbeschwerdeführer selbst an, im Laufe der Zeit in unterschiedlichen arbeitsrechtlichen Konstellationen für die XXXX tätig gewesen zu sein). Damit kann die behauptete erfolgte Einwilligung nach § 107 TKG sich ausschließlich auf Anrufe durch angestellte oder "freie" Mitarbeiter der XXXX beziehen.

11.3. Der Erstbeschwerdeführer gibt jedoch zu, im Tatzeitpunkt nicht mehr für die XXXX tätig gewesen zu sein. Zudem sei er nicht Rechtsnachfolger der XXXX, was auch auf die Zweitbeschwerdeführerin zutrifft. Das verfahrensgegenständliche Beratungsprotokoll wurde auch nicht vom Erstbeschwerdeführer als "XXXX-Berater" (wie es am Ende des Protokolls heißt: "Unterschrift des XXXX-Beraters") unterschrieben. Die Beschwerdeführer sind ebensowenig anstelle der XXXX, wie festgestellt, in das Beratungsprotokoll eingetreten, was auch der Zustimmung der Anzeigerin bedurft hätte.

Aus alledem folgt, dass, sofern es diese Einwilligung tatsächlich gab, sich diese nicht auf einen Anruf eines Mitarbeiters der Zweitbeschwerdeführerin bezog. (Hier übersieht der Erstbeschwerdeführer zudem maßgeblich, dass der Anrufer nicht als sein Mitarbeiter, sondern als Mitarbeiter der Zweitbeschwerdeführerin bei der Anzeigerin anrief, sodass schon deswegen seine Argumentation ins Leere läuft.)

11.4. Soweit der Erstbeschwerdeführer behauptet, was nicht bewiesen ist, die XXXX hätte ihm die Kundendaten zum Aufbau seines eigenen Geschäftes mitgegeben, er solle jedoch die bestehenden Verträge nicht stornieren (was er jedoch eigenen Angaben zufolge gerade unter Hinweis auf die Rücktrittsklausel auch beabsichtigte), kann darin zum einen keineswegs die Erfüllung der vertraglichen Pflichten der XXXX gesehen werden, zum anderen ist es auf dem Boden der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht möglich, erhaltene Einwilligung zu Werbeanrufen weiterzugeben.

Dies ergibt sich bereits aus dem Telos der Bestimmungen des § 107 TKG, würde durch die Möglichkeit des Transfers

von Einwilligungen doch das gesamte System des Verbots von Werbeanrufen ohne vorherige Einwilligung ad absurdum geführt und der massive Eingriff in die Privatsphäre der Angerufenen geradezu gefördert werden.

Denn die genannte Bestimmung will gerade verhindern, dass Werber, in diesem Fall ein Versicherungsmakler, die ihm aus welchen Quellen auch immer bekannten Daten, sei es, dass er sie selbst einfach mitgenommen hat, sei es, dass Sie ihm mitgegeben wurden, nutzt, um in einzelnen Fällen oder wie hier in "Abarbeitung" der XXXX-Excel-Tabelle massenhaft (wenngleich es in diesem Beschwerdeverfahren um einen angerufenen Kunden geht) Telefonteilnehmer ungefragt anzurufen.

11.5. Schließlich ist noch ergänzend festhalten, beim zuvor dargestellten ersten Satz "Ich gebe bis auf Widerruf meine Einwilligung, dass meine persönlichen Daten automationsunterstützt von der XXXX/Berater verarbeitet und ausschließlichen in Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen an Dritte auf elektronischem Weg weitergegeben werden dürfen." handelt es sich in rechtlicher Hinsicht zweifelsfrei um eine Datenschutzverarbeitungs-klausel, die die XXXX berechtigt, die erhobenen Daten selbst oder in Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten von einem Dritten verarbeiten zu lassen.

11.6. Die Anzeigerin hatte ebensowenig vorab der Zweitbeschwerdeführerin - direkt - die Einwilligung zur Werbeanrufen gegeben.

12. Der objektive Tatbestand des § 107 Abs 1 TKG 2003 ist daher als erfüllt anzusehen.

#### c) Subjektiver Tatbestand

Hinsichtlich der subjektiven Tatseite ist Folgendes auszuführen:

13. Bei der im Beschwerdefall vorgeworfenen Verwaltungsübertretung des § 107 Abs 1 TKG 2003 handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt, weil zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört. 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 (vgl. ua VwGH vom 13.12.1990, 90/09/0141; 12.03.1990, 90/09/0066).

Es ist bei einem Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs 1 VStG daher am Beschwerdeführer gelegen, glaubhaft zu machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (vgl. zu § 107 Abs 2 Z 1 TKG 2003 VwGH 24.05.2012, 2010/03/0056). Zu einer solchen Glaubhaftmachung ist es erforderlich, dass der Beschuldigte initiativ, von sich aus in substantiierter (!) Form alles darlegt, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 19.01.1994, 93/03/0220; 14.10.1976, 1497/75; 20.05.1968, 0187/67) wozu ua die Darlegung gehört, dass er Maßnahmen getroffen habe, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschrift mit gutem Grund erwarten lassen. Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (vgl. VwGH 25.07.2013, 2012/07/0079).

Es wäre daher an der beschwerdeführenden Partei gelegen, alles zu ihrer Entlastung Dienende vorzubringen, zB durch Darlegung eines Kontrollsystems in Bezug auf die Einhaltung der Vorschriften des TKG 2003, um zu beweisen, dass sie an der Übertretung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (vgl. VwGH 28.03.2014, 2014/02/0004; 24.05.2012, 2010/03/0056).

In diesem Zusammenhang hat der Verwaltungsgerichtshof in Bekräftigung seiner ständigen Rechtsprechung ausgeführt, der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche einer juristischen Person könne sich bei Übertretung des § 107 TKG 2003 nur exkulpiert, indem er die Einrichtung eines wirksamen (!) Kontrollsystems darlege (VwGH 26.04.2016, Ra 2016/03/0044, mHa E vom 19.12.2013, 2011/03/0198, mwN).

14. Der Versuch der Widerlegung der Vermutung eines Verschuldens durch Darlegung eines (wirksamen) Kontrollsystems wurde von den beschwerdeführenden Parteien im gegenständlichen Fall gar nicht unternommen, zumal ein solches, sofern vorhanden, nicht wirksam gewesen wäre, erfolgte das inkriminierte Telefonat doch, wie dargestellt, mit Verkaufsabsicht.

15. Vor diesem Hintergrund ist auch die Möglichkeit zu verorten, dass der Erstbeschwerdeführer dem Anrufer ausschließlich den Auftrag zur Information über die in rechtlicher Hinsicht fehlerhafte Rücktrittsklausel gegeben hat (was dem erkennenden Gericht aufgrund der eigenen Wahrnehmung in der Beschwerdeverhandlung nicht als wahrscheinlich erscheint), und der Anrufer von sich aus das Telefonat dazu nutzte, auch mit Verkaufsabsicht

aufzutreten. Denn der Erstbeschwerdeführer hätte dem Anrufer zum einen darüber aufklären müssen, keinesfalls gegenüber der Anzeigerin in Verkaufsabsicht aufzutreten, was die Beschwerdeführer allerdings nicht substantiiert vorbringen, zum anderen hätte er ein diesbezügliches Kontrollsystem einrichten und auch dessen Wirksamkeit belegen müssen, gerade dies wird aber weder vorgebracht noch belegt.

Soweit sich der Erstbeschwerdeführer in unsubstantiierte Weise in der Beschwerdeverhandlung auf einen Leitfaden zur Durchführung von Telefonaten bezieht, diesen jedoch in der Verhandlung nicht vorlegt, was ihm ein Leichtes gewesen wäre, kann dies nicht schuldbefreiend wirken.

16. Soweit der Erstbeschwerdeführer moniert, er habe aufgrund der damaligen Beratungsprotokolle und (der nicht bewiesenen) Übergabe der Kundenakten geglaubt, berechtigt gewesen zu sein, diese Anrufe tätigen zu lassen, macht er damit einen Rechtsirrtum geltend.

Auf dem Boden der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann ein Rechtsirrtum allerdings nur dann schuldbefreiend wirken, wenn sich der Beschuldigte vor der Tathandlung an die zuständige Verwaltungsbehörde mit seiner Rechtsmeinung und der Bitte der Überprüfung derselben gewandt hätte. Dies bringt der Erstbeschwerdeführer jedoch nicht vor, bestehen hierfür im Verwaltungsakt auch keine Anzeichen, und ist daher, sofern er als Student XXXX tatsächlich diesem Rechtsirrtum unterlegen ist, nicht schuldbefreiend.

17. Die beschwerdeführenden Parteien haben somit die gesetzliche Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) nicht widerlegt, sondern diese bestätigt. Der subjektive Tatbestand ist erfüllt.

d) Einstellung des Verfahrens / Ermahnung

18. Punkt 2. des Beschwerdeergänzungsantrages ("... selbst entscheiden, dass der Beschwerdeführer nicht bestraft wird gemäß § 107 TKG iVm § 9 Abs 1 VStG") wird dahingehend gewertet, dass auch ein Antrag auf Ermahnung bzw Einstellung des Verfahrens gestellt wurde. Dazu ist auszuführen:

Die dem Erstbeschwerdeführer zur Last gelegte Tat ist, wie festgestellt, erwiesen, bildet eine Verwaltungsübertretung und wurde von jenem begangen. Die Strafverfolgung ist auch möglich und verursacht keinen unangemessenen Aufwand. Die beschwerdeführenden Parteien monieren weder Strafaufhebungs- und Strafausschlussgründe noch Verfolgungshindernisse, und sind solche für das Bundesverwaltungsgericht nicht erkennbar. Damit sind die Voraussetzungen des § 45 Abs 1 VStG (iVm § 38 VwGVG) nicht erfüllt.

19. Zum § 45 Abs 1 Z 4 VStG ist zu erwägen:

19.1. Gemäß § 66b Abs 19 Z 3 VStG idF BGBl I Nr 33/2013 trat § 45 Abs 1 VStG idF BGBl I Nr 33/2013 mit 01. Juli 2013 in Kraft; gleichzeitig trat § 21 VStG samt Überschrift außer Kraft.

Gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl VwGH 30.01.2015, Ra 2014/02/0079) steht der Übertragung der zu dem in § 21 Abs 1 VStG (idF vor der Novelle BGBl I Nr 33/2013) enthaltenen Terminus des "geringfügigen Verschuldens" ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auf den in der Fassung des § 21 Abs 1 VStG nach der Novelle BGBl I Nr 33/2013 (in der Form des § 45 Abs 1 Z 4 VStG) enthaltenen gleichlautenden Terminus nichts entgegen.

Ein Absehen von der Strafe gemäß § 21 Abs 1 VStG kam nur dann in Betracht, wenn beide in § 21 Abs 1 VStG genannten Kriterien (geringfügiges Verschulden und unbedeutende Folgen der Übertretung) erfüllt waren (vgl dazu ua VwGH 20.09.1996, 99/02/0202). Es ist daher im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon auszugehen, dass beide Voraussetzungen des § 45 Abs 1 Z 4 VStG [(1) geringe Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und geringe Intensität seiner Beeinträchtigung sowie (2) geringfügiges Verschulden des Beschuldigten] für eine Vorgehensweise im Sinne des § 45 Abs 1 Z 4 VStG kumulativ vorzuliegen haben (so auch Fister, in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG [2013] § 45 Anm 3).

19.2. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist das Verschulden geringfügig, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl VwGH 23.06.2010, 2009/06/0129, zu § 21 Abs 1 VStG).

Abgesehen davon, dass vom Bundesverwaltungsgericht auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht erkannt werden kann, dass sich die inkriminierte Verwaltungsübertretung von der Mehrzahl der bestraften Übertretungen der verfahrensgegenständlichen Bestimmung des § 107 Abs 1 TKG 2003 wesentlich unterscheidet,

folglich von einem in atypischer Weise hinter dem Durchschnittsfall zurückbleibenden tatbildmäßigen Verhalten auszugehen und daher das Vorliegen eines "geringfügigen Verschuldens" zu bejahen wäre, ist dessen Vorliegen aus folgendem Grund bereits zu verneinen:

Die beschwerdeführenden Parteien behaupteten nicht einmal das Vorliegen eines (wirksamen) Kontrollsystems in Bezug auf die Überprüfung des Vorliegens entsprechender Einwilligungen, weshalb schon deswegen nicht vom Vorliegen eines geringfügigen Verschuldens auszugehen ist. Denn eine behauptete, jedoch nicht bewiesene Anweisung zur Einhaltung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften (wie hier durch einen nichtvorgelegten Leitfaden) vermag per se noch kein System zur Kontrolle dieser Anweisung zu vermitteln.

Zudem sprach der Verwaltungsgerichtshof (vgl. VwGH 24.03.1994, 92/18/0461) in Bezug auf die nicht erfolgte Errichtung eines geeigneten Maßnahmen- und Kontrollsystems hinsichtlich des Vorliegens von geringfügigem Verschulden Folgendes aus:

"Der Beschwerdeführer wendet sich mit Recht gegen die Anwendung des § 21 Abs. 1 VStG. Die belangte Behörde hat zur Frage, ob den Mitbeteiligten an der Verwaltungsübertretung Verschulden treffe, ausgeführt, er habe die Bestellung einer geeigneten Aufsichtsperson oder die Einrichtung eines entsprechenden Maßnahmen- und Kontrollsystems betreffend die Einhaltung der Arbeitnehmerschutzvorschriften nicht einmal behauptet. In Fällen, in denen ein geeignetes Maßnahmen- und Kontrollsystem nicht eingerichtet wurde, kann aber nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes von einem geringfügigen Verschulden nicht mehr gesprochen werden (siehe die hg. Erkenntnisse vom 28. Oktober 1991, Zl. 91/19/0225, vom 12. Juni 1992, Zl. 90/19/0499, und vom 22. Oktober 1992, Zl. 92/18/0342). Schon aus diesem Grunde kommt die Anwendung des § 21 Abs. 1 VStG im Beschwerdefall nicht in Betracht. Da die belangte Behörde insoweit die Rechtslage verkannt hat, hat sie ihren Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet."

19.3. Schließlich kann im Beschwerdefall nicht davon gesprochen werden kann, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung geringfügig gewesen wären, geht es doch um den Schutz der Privatsphäre des angerufenen Teilnehmers, konkret um den Schutz des Grundrechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (und damit des Rechts auf Achtung der Kommunikation) sowie des Grundrechts zum Schutze personenbezogener Daten.

19.4. Die Anwendung des § 45 Abs 1 Z 4 VStG scheidet daher jedenfalls und damit ein Einstellen des Strafverfahrens aus.

19.5. Aufgrund des Nichtvorliegens eines geringfügigen Verschuldens, der mangelnden Geringfügigkeit des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung, kommt auch der (beantragte) Ausspruch einer Ermahnung im Sinne des § 45 Abs 1 VStG nicht in Betracht.

e) Strafbemessung

In Bezug auf die Strafbemessung

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)