

TE Bwvg Erkenntnis 2020/2/19 W120 2213292-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.02.2020

Entscheidungsdatum

19.02.2020

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 §45
VStG 1950 §5 Abs1
VStG 1950 §55
VStG 1950 §9 Abs1
VStG 1950 §9 Abs7
VwGVG §38
VwGVG §50 Abs1
VwGVG §52 Abs1
VwGVG §52 Abs2
VwGVG §52 Abs6

Spruch

W120 2213146-1/10E

W120 2213292-1/9E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Dr. Christian Eisner über die Beschwerde 1. des XXXX , als zur Vertretung der XXXX nach außen berufene Person und 2. der XXXX . gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Steiermark und Kärnten (nunmehr Fernmeldebüro) vom 23.11.2018, BMVIT-636.540/0184-III/FBG/2018, zu Recht:

A)

I. Die Beschwerde wird gemäß § 107 Abs 1 TKG 2003 idF BGBl I Nr 102/2011 iVm § 109 Abs 4 Z 8 TKG 2003 idF BGBl I Nr 27/2018 als unbegründet abgewiesen.

II. Gemäß § 52 Abs 1, 2 und 6 VwGVG hat der Erstbeschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von EUR 260,- binnens zwei Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu leisten.

III. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 9 Abs 7 VStG haftet die zweitbeschwerdeführende Partei für die dem Erstbeschwerdeführer unter Spruchpunkt II. auferlegten Kosten des Strafverfahrens im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand.

B)

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis vom 23.11.2018 entschied die belangte Behörde in Bezug auf den Erstbeschwerdeführer wie folgt:

" XXXX , geb. am XXXX , hat gem § 9 Verwaltungsstrafgesetz, BGBl 52/1991 i.d.g.F., als handelsrechtlicher Geschäftsführer zur Vertretung der Firma XXXX am Standort , XXXX ' nach außen berufene Person (Firmenbuchnummer 52707 k) zu verantworten, dass diese entgegen § 107 Abs 1 Telekommunikationsgesetz, BGBl I 70/2003, i. d.F. BGBl I 27/2018, Anrufe - einschließlich das Senden von Fernkopien - zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers getätigt hat, indem die og. Firma, ausgehend vom Anschluss XXXX , XXXX in XXXX unter dem Teilnehmeranschluss XXXX , am 5.7.2018 um 15.20 Uhr angerufen und ein Werbegespräch betreffend den Verkauf von Inseraten für Werbemedien der Fa. XXXX geführt hat."

Wegen Verstoßes gegen § 107 Abs 1 TKG 2003 verhängte die belangte Behörde über den Erstbeschwerdeführer gemäß § 109 Abs 4 Z 8 TKG 2003 eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.300,- (Ersatzfreiheitsstrafe 13 Tage). Samt dem vom Erstbeschwerdeführer zu leistenden Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von EUR 130,- betrug der zu zahlende Gesamtbetrag somit EUR 1.430,-. Weiters wurde verfügt, dass die zweitbeschwerdeführende Partei für die verhängte Geldstrafe sowie die Verfahrenskosten im angeführten Ausmaß gemäß § 9 Abs 7 VStG zu ungeteilter Hand zu haften habe.

2. In ihrer Begründung führte die belangte Behörde insbesondere aus:

2.1. XXXX (im Folgenden Teilnehmer) habe bei der belangten Behörde zur Anzeige gebracht, dass er den im Spruch des Straferkenntnisses genannten Anruf erhalten habe. Das Werbegespräch habe den Verkauf von Inseraten für Werbemedien der zweitbeschwerdeführenden Partei betroffen. Der Teilnehmer habe niemals die Einwilligung erteilt, ihn telefonisch zu Werbezwecken zu kontaktieren.

Aus dem Firmenbuch ergebe sich, dass der Erstbeschwerdeführer Geschäftsführer der zweitbeschwerdeführenden Partei und somit verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich sei.

Mit Schreiben vom 26.07.2018 sei der Erstbeschwerdeführer zur Rechtfertigung hinsichtlich der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung aufgefordert worden. Mit Schreiben vom 31.07.2018 sei eine entsprechende Rechtfertigung des Erstbeschwerdeführers erfolgt.

2.2. Der Erstbeschwerdeführer als Geschäftsführer der zweitbeschwerdeführenden Partei habe jedenfalls zu verantworten, dass der im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführte Anruf zu Werbezwecken getätigt worden sei. Durch diesen Anruf sei ihm der objektive Tatbestand des § 107 Abs 1 TKG 2003 anzulasten.

Derartige ohne vorherige Zustimmung des Teilnehmers getätigte Anrufe zu Werbezwecken würden das damit verbundene noch zumutbare Maß der Belästigung überschreiten und würden in die Individualsphäre des Teilnehmers eingreifen.

Aufgrund der Durchführung des vorliegenden Anrufs sei dem Erstbeschwerdeführer der objektive Tatbestand des § 107 Abs 1 TKG 2003 anzulasten.

Unverlangt oder unerbeten sei ein Anruf dann, wenn weder der Teilnehmer eine Einwilligung erteilt habe noch der Anrufer von einem mutmaßlichen Einverständnis ausgehen könne.

2.3. Hinsichtlich der subjektiven Tatseite sei auszuführen, dass der Erstbeschwerdeführer die ihm als Unternehmer zumutbare Sorgfalt bei der Prüfung der Frage des Vorliegens einer Zustimmung für den Erhalt von Werbeanrufen außer Acht gelassen habe. Er hätte sicherstellen müssen, dass Anrufe zu Werbezwecken nur bei Vorliegen einer konkreten und ausdrücklichen vorherigen Einwilligung des Teilnehmers erfolgen würden und ein entsprechendes Kontrollsystem einzurichten.

Aufgrund mehrerer gegen den Erstbeschwerdeführer in den Jahren 2010, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 und 2018 wegen Übertretungen nach § 107 Abs 1 TKG 2003 rechtskräftig abgeschlossener Verwaltungsstrafverfahren, wäre der Erstbeschwerdeführer zu erhöhter Aufmerksamkeit verpflichtet gewesen. Er hätte zumindest stichprobenartig das Vorliegen von Zustimmungserklärungen bei jenen Unternehmen, bei dem er die Kundendaten erworben habe, überprüfen bzw. sich diese vorlegen lassen müssen. Er hätte sich keinesfalls auf die Zusicherung seines Geschäftspartners verlassen dürfen.

Es sei dem Erstbeschwerdeführer daher zumindest Fahrlässigkeit vorzuwerfen.

Der Erstbeschwerdeführer habe den im Spruch des Straferkenntnisses angeführten Tatbestand daher voll zu verantworten.

2.4. Die Familien-, Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Erstbeschwerdeführers seien bei der Strafbemessung insofern berücksichtigt worden, als mangels Mitwirkung des Erstbeschwerdeführers eine Einschätzung vorgenommen habe werden müssen.

Es sei festzuhalten, dass die Geldstrafe ohnehin im unteren Bereich des bis zu einem Betrag von EUR 58.000,-- reichenden Strafrahmens verhängt worden sei. Die Strafe erscheine daher tat- und schuldangemessen und auch bei Vorliegen ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse keinesfalls als überhöht.

Bei der Strafbemessung sei als erschwerend die einschlägige Vorbelastung des Erstbeschwerdeführers zu werten. Es würden keine Milderungsgründe vorliegen.

2.5. Es sei daher spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

3. Gegen dieses Straferkenntnis erhoben die Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 19.12.2018 rechtzeitig Beschwerde und stellten die Anträge, das bekämpfte Straferkenntnis aufzuheben und/oder das Strafverfahren einzustellen.

3.1. Begründend wurde im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

3.1.1. Der Teilnehmer behauptete, keine Zustimmung für telefonische Kontaktierungen erteilt zu haben, was letztlich nicht richtig sei. Der Teilnehmer führe aus, "all das wäre noch nicht so schlimm". Das bedeute letztlich, dass der Teilnehmer sich in seinen Rechten letztlich gar nicht verletzt fühle. Die belangte Behörde hätte allerdings dieses Ermittlungsergebnis dem Erstbeschwerdeführer zur Kenntnis bringen müssen, was nicht geschehen sei. So sei es dem Erstbeschwerdeführer nicht möglich gewesen, diese Aussagen des Teilnehmers zu erörtern bzw. zu hinterfragen oder zu widerlegen. Insofern liege ein wesentlicher Verfahrensfehler im Verfahren vor der belangten Behörde vor, der für den Ausgang dieses Verfahrens relevant sei.

Die Tatsache, dass der verfahrensgegenständliche Anruf durchgeführt worden sei, werde nicht bestritten. Sämtliche Mitarbeiter der zweitbeschwerdeführenden Partei hätten keine Anrufe durchzuführen, die den ausdrücklichen Bestimmungen des § 107 Abs 1 TKG 2003 zuwiderlaufen würden. Zur Kontrolle der Einhaltung würden Listen geführt werden, die vom Erstbeschwerdeführer regelmäßig kontrolliert und aktualisiert werden würden.

3.1.2. Die Kontaktdaten des Teilnehmers habe die zweitbeschwerdeführende Partei von einem "professionellen Unternehmen" angekauft, welches Daten von Unternehmen als potentielle Geschäftskunden "verkaufe". Dieser Erwerb erfolge mit der Zusicherung des "Verkäufers", dass für sämtliche Unternehmen, die in den Datensätzen enthalten seien, eine Zustimmung zur Kontaktaufnahme, und zwar auch zu kommerziellen Zwecken wie etwa Werbezwecken, gegeben sei.

Die zweitbeschwerdeführende Partei sei daher im Zeitpunkt des gegenständlichen Telefonanrufs davon ausgegangen, dass seitens des Teilnehmers das Einverständnis vorliege, ihn bzw. sein Unternehmen unter dem angeführten Teilnehmeranschluss zu geschäftlichen Zwecken kontaktieren zu dürfen.

Entgegen den Ausführungen im angefochtenen Straferkenntnis verlasse sich die zweitbeschwerdeführende Partei auf

die Zusicherung ihres Geschäftspartners, wonach jeweils Einwilligungen der "enthaltene" Unternehmen für telefonische Kontaktaufnahme sowie für Kontaktaufnahme per E-Mail vorliegen würden. Ohne diese Zusicherung hätte der Erstbeschwerdeführer diese Kontaktdaten nicht erworben. Demnach fehle der zweitbeschwerdeführenden Partei bzw. deren handelnden Mitarbeitern jegliches Verschulden in Hinblick auf eine allfällige Verletzung des § 107 Abs 1 TKG 2003.

Diese vom Geschäftspartner bei Vertragsabschluss gegebene Rechtsgarantie sei bei unternehmensbezogenen Geschäften üblich und entbehre einer folgenden Kontrolle der Zustimmung der Teilnehmer, da der Anrufer mit dieser Garantie davon ausgehen könne, dass die Zustimmung tatsächlich erteilt worden sei. Daher sei von der zweitbeschwerdeführenden Partei auch nicht zu verlangen, stichprobenartig Zustimmungserklärungen zu überprüfen.

3.1.3. Der Anruf könne auch nicht als unerbeten im Sinne des § 107 Abs 1 TKG 2003 qualifiziert werden, da die zweitbeschwerdeführende Partei durch den Kauf der Kontaktdaten und der erfolgten Zusicherung der Zustimmung von einem mutmaßlichen Einverständnis ausgehen habe können. Durch diese Zusicherung sei der zweitbeschwerdeführenden Partei auch kein weiterführender Sorgfaltsverstoß anzulasten, da man sich auf die Seriosität des Verkäufers der Kontaktdaten verlassen habe.

Es würden firmeninterne Kontaktkontrolllisten geführt werden, in dem die "gekauften" potentiellen Neukunden nach dem Erstkontakt/-gespräch und nach der folglich durch die zweitbeschwerdeführende Partei eingeholten Zustimmung zur Kontaktaufnahme aufgenommen werden würden. Werde im Erstkontakt die Zustimmung des Empfängers verneint oder zurückgenommen, so erfolge wie im gegenständlichen Fall eine Löschung sämtlicher Kontaktdaten aus der Datei der zweitbeschwerdeführenden Partei.

3.1.4. Der zweitbeschwerdeführenden Partei und den handelnden Mitarbeitern sei im gegenständlichen Sachverhalt keinesfalls Fahrlässigkeit vorzuwerfen, da durch die gegebene Garantie der bestehenden Zustimmungen auch eine stichprobenartige Überprüfung der Zustimmungserklärungen entfalle.

4. Mit hg. am 17.01.2019 eingelangter Beschwerdevorlage legte die belangte Behörde dem Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde vor und übermittelte den Akt des Verwaltungs-verfahrens.

5. Am 30.01.2020 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an welcher der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer teilnahm; ein Vertreter der belangten Behörde ist nicht erschienen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Zum Beschwerdeführer und dessen Strafvormerkungen:

Der Erstbeschwerdeführer ist Geschäftsführer der zweitbeschwerdeführenden Partei und ist zu deren selbständigen Vertretung nach außen befugt. Die Rufnummer XXXX ist der zweitbeschwerdeführenden Partei zugewiesen und somit dem Erstbeschwerdeführer zuzurechnen.

Hinsichtlich der Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie der Sorgepflichten des Erstbeschwerdeführers konnten mangels konkreter Angaben seinerseits keine Feststellungen getroffen werden.

Über den Erstbeschwerdeführer wurde mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 22.06.2018, BMVIT-636.540/0093-III/FBG/2018, wegen Verwirklichung des Tatbestands des § 107 Abs 1 TKG 2003 am 29.03.2018 eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.200,- verhängt (das Straferkenntnis wurde dem Rechtsvertreter am 26.06.2018 zugestellt; ungenutzter Ablauf der Beschwerdefrist am 24.07.2018).

Es liegen hinsichtlich des Erstbeschwerdeführers folgende Strafvormerkungen der belangten Behörde in Bezug auf § 107 Abs 1 TKG 2003, welche durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt wurden, vor:

Über den Erstbeschwerdeführer wurde mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 28.05.2013, BMVIT-636.540/0208-III/FBG/2013, wegen Verwirklichung des Tatbestands des § 107 Abs 1 TKG 2003 am 18.03.2013 eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 700,- verhängt (bestätigt durch das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 04.04.2014, W194 2003044-1/2E und W194 2006338-1/2E, zugestellt an den Rechtsvertreter am 17.04.2014).

Über den Erstbeschwerdeführer wurde mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 10.09.2013, BMVIT-636.540/0305-III/FBG/2013, wegen Verwirklichung des Tatbestands des § 107 Abs 1 TKG 2003 am 27.05.2013 eine

Geldstrafe in der Höhe von EUR 700,-- verhängt (bestätigt durch das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 08.04.2014, W120 2002405-1/2E und W120 2006429-1/2E, zugestellt an den Rechtsvertreter am 17.04.2014).

Über den Erstbeschwerdeführer wurde mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 20.02.2014, BMVIT-636.540/0491-III/FBG/2013, wegen Verwirklichung des Tatbestands des § 107 Abs 1 TKG 2003 am 07.11.2013 eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 700,-- verhängt (bestätigt durch das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 10.04.2014, W120 2003053-1/2E und W120 2006337-1/2E, zugestellt an den Rechtsvertreter am 17.04.2014).

Über den Erstbeschwerdeführer wurde mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 17.06.2014, BMVIT-636.540/0175-III/FBG/2014, wegen Verwirklichung des Tatbestands des § 107 Abs 1 TKG 2003 am 30.04.2014 eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 900,-- verhängt (bestätigt durch das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 23.01.2015, W194 2009764-1/2E und W194 2017036-1/2E, zugestellt an den Rechtsvertreter am 04.02.2015).

Über den Erstbeschwerdeführer wurde mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 16.04.2014, BMVIT-636.540/0113-III/FBG/2014, wegen Verwirklichung des Tatbestands des § 107 Abs 1 TKG 2003 am 25.02.2014 eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 900,-- verhängt (bestätigt durch das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 27.01.2015, W120 2007664-1/3E und W120 2017662-1/2E, zugestellt an den Rechtsvertreter am 06.02.2015).

Über den Erstbeschwerdeführer wurde mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 09.12.2014, BMVIT-636.540/0354-III/FBG/2014, wegen Verwirklichung des Tatbestands des § 107 Abs 1 TKG 2003 am 06.11.2013 eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 900,-- verhängt (bestätigt durch das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 24.06.2015, W120 2017709-1/2E und W120 2100050-1/2E, elektronisch übermittelt an den Rechtsvertreter am 26.06.2015).

Über den Erstbeschwerdeführer wurde mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 07.03.2016, BMVIT-636.540/0049-III/FBG/2016, wegen Verwirklichung des Tatbestands des § 107 Abs 1 TKG 2003 am 18.01.2016 eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.000,-- verhängt (bestätigt durch das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 15.03.2017, W110 2123418-1/3E und W110 2124114-1/3E, elektronisch übermittelt an den Rechtsvertreter am 21.03.2017).

Über den Erstbeschwerdeführer wurde mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 24.06.2016, BMVIT-636.540/0151-III/FBG/2016, wegen Verwirklichung des Tatbestands des § 107 Abs 1 TKG 2003 am 12.05.2016 eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.200,-- verhängt (bestätigt durch das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 12.05.2016, W179 2130331-1/7E und W179 2171809-1/6E, elektronisch übermittelt an den Rechtsvertreter am 29.09.2017).

Über den Erstbeschwerdeführer wurde mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 05.11.2017, BMVIT-636.540/0118-III/FBG/2017, wegen Verwirklichung des Tatbestands des § 107 Abs 1 TKG 2003 am 28.07.2017 eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.300,-- verhängt (bestätigt durch das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 28.03.2018, W157 2180331-1/2E und W157 2188693-1/2E, elektronisch übermittelt an den Rechtsvertreter am 05.04.2018).

Über den Erstbeschwerdeführer wurde mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 24.05.2018, BMVIT-636.540/0234-III/FBG/2017, wegen Verwirklichung des Tatbestands des § 107 Abs 1 TKG 2003 am 28.11.2017 eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 1.100,-- verhängt (bestätigt durch das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 10.09.2019, W219 2201133-1/2E und W219 2213960-1/2E, elektronisch übermittelt an den Rechtsvertreter am 11.09.2019).

1.2. Telefonmarketing-System der Beschwerdeführer:

Die Beschwerdeführer kaufen von einem namentlich nicht feststellbaren Unternehmen Kundendatensätze zwecks Telefonmarketings. Dieser Erwerb erfolgt mit einer nicht näher determinierten Zusicherung des Unternehmens, dass eine Zustimmung zur Kontaktaufnahme durch die Beschwerdeführer vorliegt. Von den Beschwerdeführern wird hierbei nicht näher konkretisiert, wie der konkrete "Einwilligungsmechanismus" gestaltet ist.

Die Beschwerdeführer prüfen bei Verwendung der Kundendatensätze ihrerseits nicht nach, ob bei den gelieferten Daten tatsächlich Einwilligungen vorliegen; sie verlassen sich dabei auf die Seriosität des Verkäufers.

1.3. Zur Durchführung des verfahrensgegenständlichen Anrufes:

Am 05.07.2018 wurde der Teilnehmer ausgehend von der Rufnummer XXXX kontaktiert und mit ihm wurde ein Gespräch betreffend den Verkauf von Inseraten für Werbemedien der zweitbeschwerdeführenden Partei geführt.

Der Teilnehmer erklärte konkret den Beschwerdeführern gegenüber keine Einwilligung zum Erhalt des verfahrensgegenständlichen Anrufes; bei der Durchführung dieses Anrufes verließen sich die Beschwerdeführer aufgrund des Erwerbs der Kundendatensätze von einem namentlich nicht feststellbaren Unternehmen auf das "mutmaßliche Einverständnis" des Teilnehmers.

1.4. Zum fehlenden Maßnahmen- und Kontrollsystem der Beschwerdeführer:

Es konnte nicht festgestellt werden, dass der Erstbeschwerdeführer zum Zeitpunkt der Durchführung des verfahrensgegenständlichen Anrufs entsprechend ausreichende Maßnahmen in seinem Unternehmen zur Überprüfung des Vorliegens einer Einwilligung bei der Durchführung von Anrufen zu Werbezwecken setzte, die Einhaltung dieser Maßnahmen durch seine Mitarbeiter kontrollierte oder konkrete Sanktionen im Falle eines Verstoßes vorsah bzw. setzte.

Zwischen den Beschwerdeführern und dem Teilnehmer bestand zum Zeitpunkt der Durchführung des verfahrensgegenständlichen Anrufs keine aufrechte Kundenbeziehung.

2. Beweiswürdigung:

Zur Feststellung des für die Entscheidung maßgebenden Sachverhaltes wurde im Rahmen des Ermittlungsverfahrens Beweis erhoben mittels Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht sowie durch Einsichtnahme in den Akt der belangten Behörde - insbesondere in das angefochtene Straferkenntnis - und in die Beschwerde.

Die Feststellungen zu den Strafvormerkungen des Erstbeschwerdeführers gründen sich auf die entsprechenden Erkenntnisse des Bundesverwaltungsgerichtes und das Straferkenntnis der belangten Behörde.

Die Feststellung bezüglich der Zurechenbarkeit der Rufnummer basiert auf der von der durch die belangte Behörde durchgeführten Stammdatenauswertung. Zudem wurde dieser Umstand weder im Verfahren vor der belangten Behörde noch in der Beschwerdeverhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht bestritten.

Die Feststellungen betreffend das grundsätzliche System des Telefonmarketings der Beschwerdeführer gründen sich auf die entsprechenden Ausführungen in der Beschwerde und auf das Vorbringen in der mündlichen Verhandlung

Die Feststellungen bezüglich des durchgeführten Telefonanrufes entsprechen den von Seiten der Beschwerdeführer in ihrer Beschwerde unbestritten gelassenen Feststellungen im angefochtenen Straferkenntnis (bis auf die subjektive Tatseite) und können insoweit auch dieser Entscheidung zugrunde gelegt werden. Auch in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht wurde von Seiten der Beschwerdeführer die Erfüllung des objektiven Tatbestandes ausdrücklich bejaht (vgl. Seite 4 des Verhandlungsprotokolls).

Dass eine ausdrückliche den Beschwerdeführern gegenüber erteilte Einwilligung des Teilnehmers zum Erhalt des gegenständlichen Anrufes vorgelegen hätte, wurde von den Beschwerdeführern nicht behauptet (vgl. Seite 4 des Verhandlungsprotokolls, arg. "VR: Gab es aus Ihrer Sicht eine Einwilligung für den Anruf? Wenn ja, warum? Wann und wie wurde diese erteilt? - RV: Es ist leider auch nicht ergiebiger, als in der Beschwerde ersichtlich. Die Daten wurden gekauft, von wem und wie, weiß ich leider auch nicht. Ich verweise dazu auf die Ausführungen in der Beschwerde. Die BF ist davon ausgegangen, dass sie diese Daten verwenden durfte. - VR: Können Sie eine ausdrückliche Einwilligung des Z belegen? - RV: Nein."). Der Erstbeschwerdeführer bringt zwar vor, dass er aufgrund des Datenankaufs davon ausgegangen sei, dass er "diese Daten verwenden durfte", jedoch ist hiervon nicht auszugehen (vgl. die rechtliche Beurteilung). Folglich wird angenommen, dass für die Durchführung des gegenständlichen Anrufs keine Einwilligung des Teilnehmers vorlag.

Zur Feststellung hinsichtlich eines fehlenden Maßnahmen- und Kontrollsystems wird auf die Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung verwiesen.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt A)

3.1. Zur Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte in Verwaltungsstrafsachen legt § 50 VwGVG, BGBl I Nr 33/2013 ("Erkenntnisse") idF BGBl I Nr 57/2018, fest:

"§ 50. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden.

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

1. im Fall der Verhängung einer Strafe die vom Verwaltungsgericht als erwiesen angenommenen Tatsachen in gedrängter Darstellung sowie die für die Strafbemessung maßgebenden Umstände in Schlagworten;
2. im Fall des § 45 Abs. 1 VStG eine gedrängte Darstellung der dafür maßgebenden Gründe.

(3) Jedes Erkenntnis hat einen Hinweis auf die Voraussetzungen für die Bewilligung der Verfahrenshilfe im Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof zu enthalten."

§ 107 TKG 2003 idF BGBl I Nr 102/2011 lautet wortwörtlich wie folgt:

"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."

§ 107 TKG 2003 idF BGBl I Nr 78/2018 lautet wortwörtlich wie folgt:

"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 die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt.

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

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

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

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

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

(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."

Wer eine Verwaltungsübertretung gemäß § 107 Abs 1 TKG 2003 begeht, ist nach § 109 Abs 4 Z 8 TKG 2003 mit einer Geldstrafe bis zu EUR 58.000,-- zu bestrafen.

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.

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

3.2. Die Beschwerdeführer bringen in ihrer Beschwerde zusammengefasst vor, dass sich die zweitbeschwerdeführende Partei entgegen den Ausführungen im angefochtenen Straferkenntnis auf die Zusicherung ihres Geschäftspartners, wonach die Einwilligung der "enthaltenen Unternehmen" für telefonische Kontaktaufnahme vorliege, verlassen habe.

Ohne diese Zusicherung hätte der Erstbeschwerdeführer diese Kontaktdaten nicht erworben. Demnach fehle der zweitbeschwerdeführenden Partei bzw. deren handelnden Mitarbeitern jegliches Verschulden in Hinblick auf eine allfällige Verletzung des § 107 Abs 1 TKG 2003.

3.3. Im vorliegenden Fall steht fest (II.1. und 2.), dass der vorliegende Anruf ausgehend von der der zweitbeschwerdeführenden Partei zuzurechnenden Rufnummer zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers durchgeführt wurde.

3.3.1. Gemäß § 107 Abs 1 TKG 2003 sind Anrufe - einschließlich das Senden von Fernkopien - zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers unzulässig.

§ 107 TKG 2003 setzt Art 13 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlamentes 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."

Dass im gegenständlichen Fall konkret den Beschwerdeführern gegenüber unmittelbar eine Einwilligung zur Kontaktaufnahme von Seiten des Teilnehmers erteilt worden wäre, wird von den Beschwerdeführern nicht behauptet.

3.3.2. Hinsichtlich des von den Beschwerdeführern ins Treffen geführten fehlenden Verschuldens des Erstbeschwerdeführers ist Folgendes zu erwägen:

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

"(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."

§ 5 Abs 1a VStG idFBGBl I Nr 57/2018, der gemäß § 20 Abs 2 VStG idF BGBl I Nr 57/2018 am 01.01.2019 in Kraft trat, trägt folgenden Wortlaut:

"(1a) Abs. 1 zweiter Satz gilt nicht, wenn die Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über 50 000 Euro bedroht ist."

In den Erläuterungen zur Novelle des Verwaltungsstrafgesetzes wird in Bezug auf den neu eingefügten Absatz 1a Folgendes festgehalten (vgl. ErläutRV 193 BlgNR 26. GP 2):

"§ 5 Abs. 1 VStG sieht in Bezug auf Fahrlässigkeitsdelikte unter weiteren Voraussetzungen vor, dass ein Verschulden ‚ohne weiteres anzunehmen‘ ist; es handelt sich demnach um eine -

allerdings widerlegliche - gesetzliche Vermutung, dass den Beschuldigten ein Verschulden trifft. Diese Vermutung soll dann nicht gelten, wenn eine (einzelne) Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über 50 000 Euro bedroht ist. Ist eine Verwaltungsübertretung (als solche) mit einer Geldstrafe von über 50 000 Euro bedroht, erreicht eine entsprechende Tat eine Gravität, bei der ein Verschulden nicht ohne weiteres anzunehmen ist."

Hinsichtlich § 107 Abs 1 TKG 2003 reicht der Strafrahmen zwar bis zu EUR 58.000,-- , jedoch wurde die vorliegende Verwaltungsübertretung am 05.07.2018, dh vor dem 01.01.2019, verwirklicht. Die Rechtsänderung in § 5 VStG bewirkt

keine Änderung hinsichtlich der Strafe, weshalb sie auch nicht dem Günstigkeitsprinzip des § 1 Abs 2 VStG unterliegt (vgl. VwGH 21.05.2019, Ra 2019/03/0009-0010). Folglich ist bereits deshalb § 5 Abs 1a VStG auch hinsichtlich der vorliegenden Verwaltungsübertretung nach § 107 Abs 1 TKG 2003 nicht anzuwenden.

Abgesehen davon ist jedenfalls vom Vorliegen eines fahrlässigen Verhaltens des

Erstbeschwerdeführers auszugehen:

Im gegenständlichen Fall bestimmt die vorliegende Verwaltungsvorschrift des § 107 Abs 1 TKG 2003 über das Verschulden nichts, weshalb zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt.

§ 5 Abs 1 VStG enthält keine Definition fahrlässigen Verhaltens. Dieses setzt im Sinne eines kriminalstrafrechtlichen Verständnisses einen doppelten Sorgfaltsverstoß voraus: Erforderlich ist zum einen die Verletzung einer den Täter situationsbezogen treffenden objektiven Sorgfaltspflicht; die Einhaltung dieser objektiv gebotenen Sorgfaltsanforderungen muss dem Täter auch zum anderen nach seinen subjektiven Befähigungen zum Tatzeitpunkt möglich gewesen sein. Grundsätzlich lässt sich ein objektiver Sorgfaltsverstoß aus drei Quellen ableiten; aus dem Verstoß gegen eine Rechtsnorm, gegen die Verkehrssitte und gegen das Vergleichsverhalten eines rechtstreuen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage des Täters (so auch Lewisch, in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG2 [2017] § 5 Anm 4).

Tatbestandsmäßig ist nur ein von der Rechtsordnung missbilligtes Verhalten, das für das (jeweilige) geschützte Rechtsgut bzw. die (jeweiligen) geschützten öffentlichen Interessen sozial-inadäquat gefährlich - objektiv sorgfaltswidrig - ist (vgl. Wessely, in Raschauer/Wessely, Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz2 [2016] § 5 Anm 4).

Bei der im Beschwerdefall vorgeworfenen Verwaltungsübertretung des § 107 Abs 1 TKG 2003 handelt es sich daher um ein Ungehorsamsdelikt, da zum Tatbestand dieser Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört (vgl. konkret zu § 107 Abs 2 Z 1 TKG 2003 VwGH 19.12.2013, 2011/03/0198).

Damit gibt der Gesetzgeber zu verstehen, das solcherart umschriebene Verhalten (auf das jeweils geschützte Rechtsgut bzw. öffentliche Interesse bezogen) jedenfalls als gefährlich zu betrachten. Es besteht sohin eine entsprechende unwiderlegliche Vermutung ihrer (rechtsgutbezogen) objektiven Gefährlichkeit (vgl. Wessely, in Raschauer/Wessely, Kommentar zum Verwaltungsstrafgesetz2 [2016] § 5 Anm 5).

Das zur Strafbarkeit des Erstbeschwerdeführers erforderliche Vorliegen der objektiven Sorgfaltswidrigkeit ist aufgrund der gegen § 107 Abs 1 TKG 2003 verstoßenden Durchführung des vorliegenden Anrufs anzunehmen.

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes trifft im gegenständlichen Fall die Verwirklichung des deliktsspezifisch objektiven sorgfaltswidrigen Verhaltens aufgrund des Vorliegens der subjektiven Sorgfaltswidrigkeit und der Zumutbarkeit des objektiv sorgfaltsgemäßen Verhaltens den Erstbeschwerdeführer als zur Vertretung nach außen berufenen Person:

Ein wirksames Kontrollsystem liegt vor, wenn es unter den vorhersehbaren Verhältnissen mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten lässt (vgl. VwGH 20.03.2018, Ra 2017/03/0092; 25.03.2009, 2006/03/0010). Belehrungen, Arbeitsanweisungen oder stichprobenartige Kontrollen reichen nicht aus, um die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems glaubhaft zu machen (vgl. VwGH 08.11.2016, Ra 2016/11/0144 mit Hinweis auf VwGH 24.03.2015, 2013/03/0054, und 26.05.2014, 2012/03/0084). Ein geeignetes Kontrollsystem hat zudem nicht nur Vorkehrungen für die Kontrolle durch den Arbeitgeber, sondern auch ein geeignetes Sanktionssystem bei Zuwiderhandeln des Arbeitnehmers zu enthalten (vgl. VwGH 19.09.2016, Ra 2016/11/0112). Zudem muss dargelegt werden, warum trotz der begangenen Übertretungen ein wirksames Kontrollsystem bestehen soll (vgl. VwGH 28.07.1995, 95/02/0275).

Im vorliegenden Fall hätte der Erstbeschwerdeführer daher darzulegen gehabt, dass er entsprechende Maßnahmen getroffen habe, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen insbesondere die Einhaltung der gesetzlichen Vorschrift des § 107 Abs 1 TKG 2003 (dh dass bei nicht erfolgter Einwilligung des Teilnehmers dieser keine Telefonanrufe zu Werbezwecken erhält) mit gutem Grund erwarten lassen.

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Erstbeschwerdeführer als Geschäftsführer der zweitbeschwerdeführenden Partei bereits mehrfach einschlägige Strafvormerkungen in Bezug auf § 107 Abs 1 TKG 2003 aufweist sowie er folglich insbesondere bereits deshalb in Kenntnis über die entsprechenden Bestimmungen und

über die Vollzugspraxis der belangten Behörde sein musste, hätte er sich daran zu orientieren gehabt und entsprechende Vorkehrungen treffen müssen, um der Begehung weiterer Verstöße gegen § 107 Abs 1 TKG 2003 - so wie dem vorliegenden - entgegenzuwirken.

In der Beschwerdeverhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht wurde vom Rechtsvertreter ausdrücklich eingeräumt, dass der Erstbeschwerdeführer davon ausgegangen sei, dass er die Kundendaten habe verwenden dürfen; auf welche Art und Weise und von welchem Unternehmen diese Kundendaten erlangt wurden, konnte nicht dargelegt werden (vgl. Seite 4 des Verhandlungsprotokolls, arg. "VR: Gab es aus Ihrer Sicht eine Einwilligung für den Anruf? Wenn ja, warum? Wann und wie wurde diese erteilt? - RV: Es ist leider auch nicht ergiebiger, als in der Beschwerde ersichtlich. Die Daten wurden gekauft, von wem und wie, weiß ich leider auch nicht. Ich verweise dazu auf die Aufführungen in der Beschwerde. Die BF ist davon ausgegangen, dass sie diese Daten verwenden durfte.").

Eine Überprüfung im Einzelfall durch den Erstbeschwerdeführer bzw. die zweitbeschwerdeführende Partei, ob eine Einwilligung des entsprechenden Teilnehmers zum Erhalt des Werbeanrufes durch die Beschwerdeführer vorliegt, erfolgte nicht (vgl. Seite 5 des Verhandlungsprotokolls, arg. "VR: Prüfen Sie Ihrerseits, ob tatsächlich Einwilligungen im Einzelfall vorliegen? In der Beschwerde bringen Sie vor, dass auch eine stichprobenartige Überprüfung der Zustimmungserklärung entfällt? - RV: Die BF verlässt sich auf die Aussagen des Geschäftspartners.").

Der Umstand, dass der Erstbeschwerdeführer die Kontaktdaten der angerufenen Teilnehmer von einem "professionellen Unternehmen", dessen Namen auch - nach konkreter Aufforderung durch das Bundesverwaltungsgericht nicht bekanntgegeben wurde (vgl. Seite 4 des Verhandlungsprotokolls, arg. "VR: Welche Konsequenzen gibt es für dieses 'professionelle Unternehmen', wenn es 'mangelhafte' Daten liefert? - RV: Das weiß ich nicht.") "übernimmt", entbindet diesen nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes vor der Kontaktaufnahme mit dem entsprechenden Teilnehmer jedoch nicht von der Verpflichtung, die Kontaktaufnahme auf ihre Übereinstimmung mit den Vorgaben des § 107 Abs 1 TKG 2003 (insbesondere mit dem Vorliegen einer entsprechenden Einwilligung des Teilnehmers) selbst zu überprüfen. Der Erstbeschwerdeführer hätte sich daher nicht, so wie vorgebracht, im vorliegenden Fall auf das allfällige vorherige einem "professionellen Unternehmen" gegenüber erteilte Einverständnis des Teilnehmers verlassen dürfen, sondern hätte selbst zu überprüfen gehabt, ob dessen Einwilligung zum Erhalt von Werbeanrufen durch die Beschwerdeführer vorlag, zumal die Beschwerdeführer nicht einmal anzugeben vermochten, auf welcher Grundlage (Vereinbarung etc.) die Weitergabe der Daten der Teilnehmer erfolgt, in welcher Form diese Daten von dem "professionellen Unternehmen" übermittelt wurden und in welcher Form das "professionelle Unternehmen" an diese Daten gelangte (vgl. die Seiten 4 bis 5 des Verhandlungsprotokolls, arg. "VR: Können Sie uns Angaben zur Vereinbarung mit diesem Unternehmen geben? - RV: Kann ich auch nicht. - VR: Wissen Sie in welcher Form die Daten erhalten werden? - RV: Leider auch nicht. - VR: In welcher Form gelangt das 'professionelle Unternehmen' an diese Daten? - RV: Ich weiß es leider nicht.").

Dass ein entsprechendes Maßnahmen- und Kontrollsystem bei der zweitbeschwerdeführenden Partei eingerichtet worden wäre, wurde vom Erstbeschwerdeführer überhaupt nicht vorgebracht. Insbesondere legte der Erstbeschwerdeführer selbst auch nicht dar, welche konkreten Maßnahmen er in seinem Unternehmen in Bezug auf die Durchführung von Anrufen zu Werbezwecken durch seine Mitarbeiter setze, wie er die Einhaltung dieser Maßnahmen kontrolliere und welche Sanktionen er im Falle eines Verstoßes setze. Vielmehr zogen sich die Beschwerdeführer darauf zurück zu behaupten, dass der Erstbeschwerdeführer davon ausgegangen sei, dass er die entsprechenden Kundendaten verwenden habe dürfen. Zudem ist diesbezüglich zu berücksichtigen, dass nicht einmal dargelegt werden konnte, ob und welche Anweisungen von den Beschwerdeführern an das "professionelle Unternehmen" in Bezug auf die eingeholten Einwilligungen erfolgten (vgl. Seite 5 des Verhandlungsprotokolls, arg. "VR: Geben Sie diesem Unternehmen gegenüber konkrete Anweisungen, wie die Einwilligungen eingeholt werden müssen? - RV:

Ich schätze, das Unternehmen wird eine entsprechende Klausel beim Kundenkontakt verwenden. Über Nachfrage: Ich weiß es aber nicht."). Auch nähere Ausführungen der Beschwerdeführer dahingehend, auf welche Art und Weise die Erteilung der Einwilligung der jeweiligen Teilnehmer gegenüber dem "professionellen Unternehmen" gegenüber erfolgten (vgl. Seite 5 des Verhandlungsprotokolls, arg. "VR: Wem gegenüber haben die Personen, deren Namen Sie von diesem Unternehmen erhalten haben, ihre Einwilligung erteilt bzw. wozu genau haben diese Personen ihre Einwilligung erteilt? Ist die Einwilligung zum Erhalt von Werbeanrufen von bestimmten Unternehmen begrenzt? - RV:

Das weiß ich leider nicht. Für Telefonische und E-Mail Kontaktaufnahmen hätte laut Geschäftspartner die Einwilligung vorliegen sollen."), sind unterblieben.

Überdies zeugt auch der Umstand, dass die Beschwerdeführer bzw. ihre Mitarbeiter Kontaktdaten durch Weitergabe von Dritten erhalten, ohne im konkreten Fall zu überprüfen, ob eine entsprechende Einwilligung vorliegt, für das Bundesverwaltungsgericht nicht vom Vorliegen eines funktionierenden Maßnahmen- bzw. Kontrollsystems bei der Durchführung von Anrufen zu Werbezwecken.

Auch mit dem nicht näher konkretisierten Vorbringen der Beschwerdeführer, dass im Falle der fehlenden Einwilligung eines Teilnehmers dieser aus dem System der zweitbeschwerdeführenden Partei gelöscht werde (vgl. Seite 5 des Verhandlungsprotokolls, arg. "VR: Welche Vorkehrungen werden getroffen, wenn ein konkreter Anrufer nicht angerufen werden möchten? - RV: Er wird aus dem System gelöscht, sämtliche Daten werden gelöscht, sodass ein Anruf nicht mehr möglich ist."), gelingt es den Beschwerdeführern nicht, ein im Sinne der höchstgerichtlichen Rechtsprechung exkulperendes Kontrollsystem darzulegen.

Diese Maßnahmen können gerade nicht mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten lassen.

Von den Beschwerdeführern werden auch keine Umstände aufgezeigt, weshalb die vorliegenden Fehler ungeachtet eines ansonsten funktionierenden Kontrollsystems auftraten (vgl. Seite 4 des Verhandlungsprotokolls, arg. "VR: Gab es aus Ihrer Sicht eine Einwilligung für den Anruf? Wenn ja, warum? Wann und wie wurde diese erteilt? - RV: Es ist leider auch nicht ergiebiger, als in der Beschwerde ersichtlich. Die Daten wurden gekauft, von wem und wie, weiß ich leider auch nicht. Ich verweise dazu auf die Aufführungen in der Beschwerde. Die BF ist davon ausgegangen, dass sie diese Daten verwenden durfte."), zumal von Seiten der Beschwerdeführer nicht einmal angegeben wurde, auf welche Art und Weise die Beschwerdeführer zu den verfahrensgegenständlichen Kontaktdaten gelangt seien (vgl. Seite 4 des Verhandlungsprotokolls, arg. "VR:

Wie sind Sie zur verfahrensgegenständlichen Rufnummer des Teilnehmers gelangt? - RV: Wir haben sie gekauft, von wem weiß ich aber nicht.").

Ein wirksames Kontrollsystem im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes liegt daher nicht vor.

Der objektive Sorgfaltsmaßstab hätte es geboten, ein wirksames Kontrollsystem einzurichten, entsprechend wirksame Anweisungen an die Mitarbeiter des Unternehmens der Beschwerdeführer zu geben, bei der Durchführung von Anrufen zu Werbezwecken das Vorliegen einer Einwilligung des Teilnehmers zu überprüfen, die Einhaltung dieser Vorgehensweise in regelmäßigen Abständen zu überprüfen und allfällige Verstöße seiner Mitarbeiter entsprechend zu ahnden. Die Unwirksamkeit des Kontrollsystems indiziert nach der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fahrlässiges Verhalten. Jenes ist dem Erstbeschwerdeführer auch subjektiv vorzuwerfen, insbesondere weil er der Geschäftsführer des Unternehmens ist und daher das Unternehmen auch nach außen hin zu vertreten hat. Darüber hinaus musste ihm gerade auch aufgrund der ihm bekannten rechtskräftigen einschlägigen Strafvormerkungen die Mangelhaftigkeit des bestehenden Kontrollsystems bewusst sein.

Die Aufwendung der objektiv gebotenen und subjektiv möglichen Sorgfalt war dem Erstbeschwerdeführer auch zuzumuten.

Da sich nach den vom Bundesverwaltungsgericht durchgeführten Ermittlungen ergibt, dass der Erstbeschwerdeführer somit subjektiv vorwerfbar handelte und auch keine Hinweise auf eine fehlende Zumutbarkeit des objektiv sorgfaltsgemäßen Verhaltens hervorkamen, ist von einer fahrlässigen Verwirklichung und damit von der Erfüllung des subjektiven Tatbestands auszugehen.

3.4. Hinsichtlich der beantragten Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens ist Folgendes festzuhalten:

§ 45 Abs 1 VStG lautet auszugsweise folgendermaßen:

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

[...]

4. die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind;

[...]

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."

Es ist 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, VStG2 [2017] § 45 Anm 3; VwGH 07.04.2017, Ra 2016/02/0245).

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 07.04.2017, Ra 2016/02/0245).

Bei Fehlen eines funktionierenden Kontrollsystems zur Verhinderung von Übertretungen kann auch nicht von einem geringfügigen Verschulden gesprochen werden (vgl. VwGH 20.03.2018, Ra 2017/03/0092).

Vor diesem Hintergrund liegt schon deshalb kein geringfügiges Verschulden des Erstbeschwerdeführers vor und ist allein schon deswegen ein Vorgehen nach § 45 Abs 1 Z 4 VStG nicht geboten.

Zudem kann im Beschwerdefall auch nicht davon gesprochen werden, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung geringfügig gewesen wären.

Aufgrund des Nichtvorliegens eines geringfügigen Verschuldens sowie der mangelnden Geringfügigkeit des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung, kommt auch der Ausspruch einer Ermahnung iSd § 45 Abs 1 VStG nicht in Betracht (vgl. VwGH 11.05.2018, Ra 2017/02/0247).

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

§ 19 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl Nr 52/1991 idF

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at