

TE Bvwg Erkenntnis 2020/2/8 W249 2226674-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 08.02.2020

Entscheidungsdatum

08.02.2020

Norm

B-VG Art133 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 §64

VStG 1950 §9 Abs1

VStG 1950 §9 Abs7

VwG VG §38

VwG VG §44

VwG VG §50 Abs1

VwG VG §52 Abs1

VwG VG §52 Abs2

VwG VG §52 Abs6

Spruch

W249 2226674-1/19E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Mag. Ingrid ZEHETNER als Einzelrichterin über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch die XXXX , gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros (ehemals: Fernmeldebüros für Oberösterreich und Salzburg) vom XXXX , GZ. XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am XXXX zu Recht:

A)

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt,

dass die Wortfolge „(Inhalt: Der Angerufenen wurden XXXX angeboten.)“ im Spruch entfällt sowie die verletzte Rechtsvorschrift wie folgt lautet: „§ 107 Abs. 1 iVm § 109 Abs. 4 Z 8 Telekommunikationsgesetz (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 idFBGBI. I Nr. 78/2018 iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) idFBGBI. I Nr. 58/2018“.

II. Gemäß § 52 Abs. 1, 2 und 6 VwGVG hat die Beschwerdeführerin XXXX einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens iHv EUR XXXX binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu leisten.

III. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 9 Abs. 7 VStG haftet die XXXX für die der Beschwerdeführerin XXXX im Spruchpunkt II. auferlegten Kosten des Strafverfahrens im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang

1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis vom XXXX entschied das Fernmeldebüro (im Folgenden: „belangte Behörde“) wie folgt:

„Sie [XXXX] haben

als handelsrechtliche Geschäftsführerin der XXXX und somit als deren gemäß § 9 Abs. 1 VStG 1991 idgF Verantwortliche dafür einzustehen, dass eine Person in Ihrem Namen und in Ihrem Auftrag am XXXX , um XXXX Uhr unter Bekanntmachung der Telefonnummer XXXX einen Anruf zu Werbezwecken (Inhalt: Der Angerufenen wurden XXXX angeboten.) zum Telefonanschluss XXXX getätigt hat, ohne dass die Inhaberin des Anschlusses, XXXX , noch sonst von dieser zur Benutzung ihres Anschlusses ermächtigten Person dem angeführten Anruf zugestimmt haben.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 107 Abs. 1 iVm § 109 Abs. 4 Zif. 8 Telekommunikationsgesetz, BGBl. I Nr. 70/2003 (TKG) idFBGBI. I Nr 111/2018 iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) idFBGBI. I Nr 58/2018

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Euro

falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von

Freiheitsstrafe von

gemäß

€ XXXX

XXXX

§ 109 Abs. 4 Zif. 8 TKG

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Die XXXX haftet für die verhängte Geldstrafe gemäß § 9 Abs. 7 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) idgF zur ungeteilten Hand.

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

? ?XXXX Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens

jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

? --- Euro als Ersatz der Barauslagen für --- .

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

XXXX Euro"

1.1. In der Begründung des Straferkenntnisses führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass das Verwaltungsstrafverfahren aufgrund der Anzeige der XXXX (im Folgenden: „Anzeigenlegerin“) vom XXXX eingeleitet worden sei. Diese habe angegeben, den im Spruch angeführten Werbeanruf ohne vorherige Einwilligung von der Telefonnummer XXXX erhalten zu haben.

1.2. Eine von der belangten Behörde durchgeführte Stammdatenanfrage habe ergeben, dass die Rufnummer XXXX von der XXXX (im Folgenden: „mitbeteiligte Partei“) in XXXX genutzt werde.

1.3. Nach Aufforderung der handelsrechtlichen Geschäftsführerin der mitbeteiligten Partei, XXXX (im Folgenden: „Beschwerdeführerin“), zur Rechtfertigung am XXXX habe diese am XXXX eine Stellungnahme per E-Mail bzw. am XXXX postalisch an die belangte Behörde übermittelt. Darin sei im Wesentlichen ausgeführt worden, dass am XXXX um XXXX Uhr kein Telefonat mit der Anzeigenlegerin unter der Telefonnummer XXXX stattgefunden habe. Dies werde durch den vorgelegten Einzelverbindungsnnachweis von der Rufnummer XXXX bestätigt, der die Zeitspanne am XXXX zwischen XXXX Uhr beinhaltet. Die vorgeworfene Verwaltungsübertretung sei daher bereits dem Grunde nach unzutreffend. Alle getätigten Anrufe würden von der mitbeteiligten Partei exakt verzeichnet und vermerkt werden. Der letzte telefonische Kontakt mit der Anzeigenlegerin habe im XXXX stattgefunden; dabei habe es sich um einen sogenannten „Inbound Call“ gehandelt, was bedeute, dass diese im Unternehmen der Beschwerdeführerin angerufen habe. Ein Widerruf der erteilten Einwilligung zum Erhalt von Werbeanrufen sei dabei jedoch nicht erfolgt, andernfalls wäre dies unternehmensintern entsprechend vermerkt worden. Wie die Ausführungen und die vorgelegten Beweismittel zeigen würden, habe zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt sohin kein Telefongespräch stattgefunden.

1.4. Aufgrund dieser Rechtfertigung sei die Anzeigenlegerin am XXXX per E-Mail von der belangten Behörde gebeten worden, mitzuteilen, ob der Werbeanruf von der Nummer XXXX tatsächlich am XXXX um XXXX Uhr stattgefunden habe oder ob dieser Anruf vielleicht an einem anderen Tag oder zu einer anderen Uhrzeit erfolgt sei.

1.5. Noch am selben Tag habe die Anzeigenlegerin der belangten Behörde per E-Mail mitgeteilt, dass diese ganz sicher am XXXX um XXXX Uhr von der Nummer XXXX angerufen worden sei. Da sie schon des Öfteren belästigt worden und zu diesem Zeitpunkt gerade am PC gesessen sei, habe sie sich zwei Minuten Zeit genommen und gleich die Anzeige erstattet; genau dieser Anruf habe die Anzeigenlegerin dazu gebracht. Folgende Nummern hätten bereits öfters auf ihrem Mobiltelefon mit der Nummer XXXX angerufen: XXXX XXXX .

1.6. Erhebungen der belangten Behörde hätten anschließend ergeben, dass alle genannten Rufnummern, außer der Rufnummer XXXX , auf die mitbeteiligte Partei registriert seien.

1.7. Mit E-Mail vom XXXX habe die belangte Behörde die Beschwerdeführerin darüber verständigt, dass sich die Anzeigenlegerin ganz sicher sei, dass der gegenständliche Werbeanruf von der Nummer XXXX am XXXX um XXXX Uhr stattgefunden habe.

1.8. Am XXXX mit E-Mail bzw. am XXXX postalisch sei eine Mitteilung der Beschwerdeführerin bei der belangten Behörde eingelangt. Es sei u.a. vorgebracht worden, dass aus dem vorgelegten Einzelgesprächsnachweis für die Telefonnummer XXXX ersichtlich sei, dass kein Telefonat mit der Anzeigenlegerin stattgefunden habe. Unabhängig davon sei inzwischen ihre Einwilligungserklärung für den Erhalt von Werbeanrufen ausgehoben worden. Diese habe am XXXX der XXXX die Einwilligung erteilt, sie telefonisch über aktuelle Angebote zu informieren sowie ihr postalisch und per E-Mail Angebote zukommen zu lassen. Die Anzeigenlegerin habe diese Einwilligungserklärung bislang nicht widerrufen. Hätte diese die Einwilligung nämlich widerrufen, wäre dies unternehmensintern entsprechend vermerkt worden. Mitarbeiter der Beschwerdeführerin würden bei jedem Anruf, der im Auftrag eines anderen Unternehmens erfolge, deutlich darauf hinweisen, dass man im Auftrag des jeweiligen Unternehmens tätig werde. Die Anzeigenerstattung sei nunmehr als Widerruf gewertet und sämtliche Daten der Anzeigenlegerin gesperrt worden.

1.9. Der Anzeigenlegerin sei am XXXX per E-Mail die vorgelegte Einwilligungserklärung von der belangten Behörde übermittelt und diese aufgefordert worden, mitzuteilen, ob diese tatsächlich am XXXX die beigeschlossene Einwilligungserklärung ausgefüllt und unterschrieben habe, die Einwilligungserklärung seither schriftlich bei der XXXX

widerrufen habe, bei Werbeanrufen der XXXX vor dem XXXX den jeweiligen Anrufern mitgeteilt habe, dass sie keine weiteren Werbeanrufe mehr erhalten wolle, und ob sie den Werbeanruf vom XXXX tatsächlich auf ihrem Handy mit der Nummer XXXX erhalten habe.

1.10. Mit E-Mail vom XXXX habe die Anzeigenlegerin mitgeteilt, dass auf der Einwilligungserklärung tatsächlich ihre Unterschrift stehe. Diese habe sich daran nicht erinnern können und habe auch nicht gewusst, dass damals beim XXXX die XXXX Plüschtiere verteilt habe. Die Anzeigenlegerin sei damals mit ihrem kleinen Sohn beim Stand der Firma vorbeispaziert und habe ein Plüschtier geschenkt bekommen. Ihrem Sohn habe das Geschenk sofort gefallen und die Mitarbeiterin habe sie ersucht, die Einwilligungserklärung zu unterschreiben, was sie auch getan habe. Schon bei den ersten zwei Gesprächen habe die Anzeigenlegerin mitgeteilt, dass sie kein Interesse an den Produkten habe und keine weiteren Anrufe mehr wünsche. Sie sei aber trotzdem immer wieder angerufen worden, wobei sie dann aber nicht mehr abgehoben habe. Beim Anruf vom XXXX um XXXX Uhr habe es ihr endgültig gereicht und habe sie dann die Anzeige erstattet. Die Anzeigenlegerin habe in dem Moment gar nicht gewusst, wem die Nummer gehöre, und habe sie diese daher gegoogelt. Man könne unter den Links XXXX lesen, was andere Betroffene geschrieben hätten; erst danach habe sie gewusst, dass die Nummer der XXXX gehöre.

1.11. Da sich die Anzeigenlegerin sowohl bei der Anzeige vom XXXX, als auch bei ihrer Antwort vom XXXX sicher gewesen sei, dass der verfahrensgegenständliche Anruf am XXXX um XXXX Uhr von der Nummer XXXX stattgefunden habe, sei seitens der belangten Behörde die Aussagekraft des vorgelegten Einzelverbindnungsnachweises in Frage gestellt worden, zumal sich in einem Parallelverfahren gegen die Beschwerdeführerin (XXXX ; Beschwerdeverfahren zur GZ. XXXX) der dortige Anzeigenleger auch sicher gewesen sei, dass der erhaltene Werbeanruf genau an jenem Tag stattgefunden habe, wie er es im Anzeigenformular vermerkt habe.

1.12. Am XXXX sei daraufhin XXXX zum gegenständlichen Verfahren als Zeuge niederschriftlich einvernommen worden. Dieser habe insbesondere angegeben, dass er ausschließen könne, dass zum angeführten Zeitpunkt ein Gespräch zur Telefonnummer XXXX über das XXXX stattgefunden habe, was durch den Einzelverbindnungsnachweis belegt sei. Ob zu einem anderen Zeitpunkt ein Anruf bzw. Gespräch über XXXX stattgefunden habe, habe er nicht recherchiert. Er könne dies aber für ein anderes Netz nicht ausschließen, da so etwas nicht im Verantwortungsbereich der XXXX liege. XXXX habe bestätigen können, dass alle Anrufe, die über das XXXX stattgefunden hätten, auch im Einzelverbindnungsnachweis aufscheinen würden, zumal dafür auch ein Entgelt zu entrichten sei. Über bestimmte Dienste könne ein Endkunde seine Telefonnummer („user provided Rufnummer“) ändern, wobei das bei der „network provided Rufnummer“ nicht möglich sei. Prinzipiell würden beide Nummern zum Zielnetzbetreiber übertragen werden, wobei es unterschiedlich sei, welche der beiden Nummern beim Endkunden angezeigt werde. Die mitbeteiligte Partei habe bei der XXXX keinen solchen Dienst bestellt bzw. nehme einen solchen nicht in Anspruch; XXXX könnte dies natürlich nur für das XXXX sagen. Es wäre technisch möglich, dass außerhalb des Netzes der XXXX Anrufe durchgeführt werden würden. Dazu wäre erforderlich, dass ein anderer Provider willens sei, nur die Nummer der XXXX als „user- und network provided Rufnummer“ anzuzeigen, was verboten sei und die XXXX keinem Betreiber erlaubt habe. Es gebe zwischen den Betreibern in Österreich ein Übereinkommen, dass solche Veränderungen nicht gemacht werden würden.

1.13. Zu den Angaben des XXXX habe sich die Beschwerdeführerin am XXXX dahingehend geäußert, dass damit ausführlich und schlüssig dargelegt worden sei, dass diese keine Verwaltungsübertretung begangen habe. Es sei bestätigt worden, dass es sich bei dem vorgelegten Nachweis um eine vollständige und abschließende Auflistung sämtlicher im ausgewiesenen Zeitraum erfolgten Telefonate handle. Die Beschwerdeführerin bediene sich keiner weiteren Netzprovider und würden sämtliche ausgehende Anrufe über das von der XXXX zur Verfügung gestellte Verbindungsnetz abgewickelt werden.

1.14. Rechtlich führte die belangte Behörde im Straferkenntnis insbesondere aus, dass Anrufe zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung eines Teilnehmers gemäß § 107 Abs. 1 TKG 2003 unzulässig seien. Die Beschwerdeführerin habe vorgebracht, dass zum angeführten Zeitpunkt kein Anruf zur Anzeigenlegerin durchgeführt worden sei, und einen entsprechenden Einzelgesprächsnachweis von der Rufnummer X X X X vorgelegt. Außerdem habe die Beschwerdeführerin eine Einwilligungserklärung vorgebracht, die belegen solle, dass die Anzeigenlegerin mit Werbeanrufen der XXXX einverstanden gewesen sei. Trotz des umfangreichen Ermittlungsverfahrens habe von der belangten Behörde jedoch nicht festgestellt werden können, dass Werbeanrufe der mitbeteiligten Partei nur über das XXXX abgewickelt und nicht doch auch über das Netz eines anderen Netzbetreibers durchgeführt werden würden.

XXXX habe bei seiner Vernehmung zwar angegeben, dass zum angeführten Zeitpunkt kein Gespräch über das XXXX zur Telefonnummer der Anzeigenlegerin stattgefunden habe, er könne dies aber für ein anderes Netz nicht ausschließen, weil so etwas nicht im Verantwortungsbereich der XXXX liege. Durch den Umstand, dass die Anzeige der Anzeigenlegerin nur sieben Minuten nach dem erfolgten Werbeanruf bei der belangten Behörde eingelangt sei, habe die belangte Behörde überhaupt keine Zweifel, dass der Werbeanruf zum angeführten Zeitpunkt, nämlich am XXXX um XXXX Uhr, stattgefunden habe und die Rufnummer XXXX angezeigt worden sei. Die Anzeigenlegerin habe auch glaubhaft dargelegt, dass sie zum Zeitpunkt des gegenständlichen Werbeanrufes gerade vor ihrem Computer gesessen sei und deshalb gleich die Anzeige erstattet habe. Durch den vorgelegten Einzelverbindnungsnachweis der Rufnummer XXXX und durch die Einvernahme des XXXX sei zwar nachvollziehbar, dass der gegenständliche Werbeanruf nicht über das XXXX durchgeführt worden sei, aber gleichzeitig sei damit nicht ausgeschlossen, dass über einen anderen, vielleicht auch über einen ausländischen Netzbetreiber, dieser Werbeanruf veranlasst worden sei. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass sie Dienste anderer Netzbetreiber nicht in Anspruch nehme, könne aufgrund der glaubwürdigen Angaben der Anzeigenlegerin und des Eintreffzeitpunkts der Anzeige nur als Schutzbehauptung gewertet werden.

Die Angaben der Anzeigenlegerin würden auch von einem Anzeigenersteller eines gegen die Beschwerdeführerin geführten Parallelverfahrens (XXXX) bestätigt werden. Bei diesem Parallelverfahren habe der Anzeigenleger am XXXX einen Werbeanruf erhalten, bei dem ebenfalls die Rufnummer XXXX angezeigt worden sei, wobei die Beschwerdeführerin ebenso wie im gegenständlichen Verfahren bestritten habe, zu diesem Übertretungszeitpunkt bei diesem Anzeigenleger angerufen zu haben; der Anzeigenleger sei sich ebenfalls ganz sicher gewesen, zum angeführten Tatzeitpunkt den Werbeanruf von der Rufnummer XXXX erhalten zu haben. Die belangte Behörde könne überhaupt keinen Grund erkennen, warum sich zwei unterschiedliche Personen, die innerhalb von wenigen Tagen Werbeanrufe von der Rufnummer XXXX erhalten hätten, jeweils beim Anrufdatum irren sollten, zumal beim gegenständlichen Verfahren aufgrund des Anzeigezeitpunktes, nämlich sieben Minuten nach dem erfolgten Werbeanruf, ein solcher Irrtum ausgeschlossen werden könne.

Erst bei der ergänzenden Rechtfertigung, fast vier Monate nach Einleitung des Verfahrens, habe die Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass die Anzeigenlegerin eine Einwilligung zum Erhalt von Werbeanrufen gegenüber der XXXX erteilt habe, und eine entsprechende Einwilligungserklärung vorgelegt. Diese Einwilligungserklärung enthalte die wesentlichen Daten der Anzeigenlegerin (Vor- und Familienname, Adresse, Telefonnummer und Geburtsdatum) sowie folgende Einwilligungserklärung: „Ich erlaube der Firma XXXX – in stets widerruflicher Weise (zu richten an XXXX XXXX) – mich telefonisch über deren aktuelle Angebote aus dem Bereich XXXX zu informieren sowie mir postalisch und per E-Mail Angebote zukommen zu lassen. Ich willige – bis auf Widerruf – der Speicherung, Übertragung, Überarbeitung und Nutzung der diesbezüglich von mir oben angegebenen Daten zu diesem Zwecke ein. Die Daten werden nicht an Dritte weitergegeben.“ Datiert sei diese Einwilligungserklärung mit dem XXXX und diese sei mit einer händischen Unterschrift versehen. Die belangte Behörde sei verwundert, dass erst knapp vier Monate nach Einleitung des Verfahrens eine Einwilligungserklärung der Anzeigenlegerin vorgelegt worden sei, und sie bezweifle die Rechtsgültigkeit dieser Einwilligungserklärung, zumal ein Widerruf nach der angebrachten Textierung nur schriftlich an die XXXX erfolgen könne. Dies widerspreche nicht nur den guten Sitten, sondern auch den Grundsätzen des Gesetzgebers, weil dieser in § 107 Abs. 3 Z 3 TKG 2003 festgelegt habe, dass eine Abmeldung elektronischer Werbung kostenfrei und problemlos zu erfolgen habe. Würde jemand eine Einwilligung nach der vorgelegten Einwilligungserklärung widerrufen wollen, müsste die Person schon zum Zeitpunkt der Einwilligungserteilung die Einwilligungserklärung fotografieren oder die notwendigen Informationen über einen eventuellen Widerruf (Adresse, wohin man einen solchen Widerruf senden müsse) notieren, um einen Widerruf vornehmen zu können. Die Person müsste dann mit normaler Post oder mit eingeschriebener Briefsendung den Widerruf an die XXXX senden, was nicht nur mit erheblichem Aufwand verbunden sei, sondern auch entsprechende Kosten verursachen würde. Wie die Anzeigenlegerin glaubwürdig dargelegt habe, habe diese schon bei den ersten beiden Werbeanrufen mitgeteilt, dass sie kein Interesse an den Produkten der Firma habe, und gebeten, weitere Werbeanrufe zu unterlassen. Trotz dieser „Abmeldung“ sei diese weiterhin mit Werbeanrufen belästigt worden. Beim gegenständlichen Werbeanruf habe es der Anzeigenlegerin endgültig gereicht, weshalb diese die Anzeige erstattet habe. Durch das zweimalige telefonische Ersuchen, die Werbeanrufe einzustellen, habe sie ihre am XXXX erteilte Einwilligungserklärung, die aufgrund der oben dargelegten Gründe gesetzwidrig gewesen sei, widerrufen, weshalb der verfahrensgegenständliche Werbeanruf ohne eine gültige Einwilligung erfolgt sei.

Außerdem ergebe sich aus der Formulierung des§ 107 Abs. 1 TKG 2003, dass die Einwilligung jener Person/jenem Unternehmen gegenüber zu erteilen sei, die/das den Anruf durchführt bzw. für das geworben werde. Anders hätte der letzte Halbsatz dieser Bestimmung keinen Sinn. Dieser zeige, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, dass eine solche Einwilligung regelmäßig im Zuge eines bestehenden Vertragsverhältnisses erteilt werde und ihr Widerruf auf dieses keinen Einfluss haben solle. Nur so könne sichergestellt werden, dass ein jederzeitiger Widerruf auch tatsächlich möglich und wirksam sei. Würde man annehmen, dass eine Einwilligung für Anrufe zu Werbezwecke „generell“ erteilt werden könnte, so wäre zu befürchten, dass sich unzählige, dem Inhaber des Anschlusses namentlich nicht bekannte Personen/Unternehmen auf diese „generelle Einwilligung“ stützen würden. Ein Widerruf der „generellen Einwilligung“ wäre dann wahrscheinlich nie mehr bzw. nur unter unverhältnismäßig langer Zeit bzw. Aufwendungen möglich und wäre der Inhaber eines Anschlusses bis zum tatsächlichen Einlangen des Widerrufes beim wirklichen Adressaten Werbeanrufen unbegrenzt ausgesetzt.

Die Beschwerdeführerin habe mitgeteilt, dass ihre Mitarbeiter bei jedem Anruf, der im Auftrag eines anderen Unternehmens durchgeführt werde, deutlich darauf hinweisen würden, dass sie im Auftrag des jeweiligen Unternehmens tätig werden würden. Dazu müsse angeführt werden, dass diese Behauptung in Frage gestellt werden müsse, zumal die Anzeigenlegerin am XXXX glaubwürdig angegeben habe, dass diese kurz nach dem Werbeanruf am XXXX gar nicht gewusst habe, wem die Telefonnummer XXXX gehöre, und erst durch eine Suche im Internet darauf gekommen sei, dass die angeführte Telefonnummer angeblich von der XXXX verwendet werde. Wie aus dem auf der Einwilligungserklärung aufgedruckten Text hervorgehe, würden angeblich die Daten von den Einwilligungserklärungen nicht an Dritte weitergegeben werden, was aber nicht der Wahrheit entspreche. Die Beschwerdeführerin habe bis dato nicht vorgebracht, ob diese tatsächlich von der XXXX zur Durchführung von Werbeanrufen beauftragt worden sei, und sollte dies so sein, sei nicht dargelegt worden, in welchem Umfang die Beauftragung stattgefunden habe. Durch den Umstand, dass bisher kein Vertrag vorgelegt worden sei, der die Durchführung von Werbeanrufen regle, sowie der Tatsache, dass bei dem verfahrensgegenständlichen Werbeanruf die Telefonnummer der mitbeteiligten Partei bei der Anzeigenlegerin angezeigt worden sei, sei die Beschwerdeführerin als unmittelbare Täterin für den gegenständlichen Werbeanruf zu belangen, wobei sich diese nicht auf eine Einwilligungserklärung zum Erhalt von Werbeanrufen berufen könne, die die Anzeigenlegerin im XXXX gegenüber der XXXX abgegeben habe.

Ein Anruf, mit dem dem Angerufenen die Zusendung eines XXXX angeboten werde, sei jedenfalls als ein Anruf zu Werbezwecken zu qualifizieren. Damit sei die Tatbildmäßigkeit der angelasteten Übertretung erfüllt.

Es handle sich bei§ 107 TKG 2003 um ein Ungehorsamsdelikt iSd§ 5 VStG, sodass bereits eine fahrlässige Tatbegehung für die Strafbarkeit ausreichend sei. Als Geschäftsführerin einer GmbH sei dafür Sorge zu tragen, dass keine Werbeanrufe ohne vorherige Einwilligung durchgeführt werden würden und ein telefonischer Widerruf einer früher erteilten Einwilligung zur Kenntnis genommen und entsprechend bearbeitet werde, damit diese Person nicht weiterhin mit unerbetenen Werbeanrufen belästigt werde. Die Beschwerdeführerin habe initiativ alles darzulegen, was für ihre Entlastung spreche. Diese habe jedoch kein Vorbringen erstattet, das ihr Verschulden ausschließen würde. Daran könnten auch ihre umfangreichen Stellungnahmen nichts ändern. Somit sei die Übertretung auch subjektiv (in der Form von zumindest fahrlässigem Verhalten) zuzurechnen.

Das durch die verletzte Norm geschützte Rechtsgut sei die Privatsphäre von natürlichen Personen, der Schutz vor unerwünschten und belästigenden Werbeanrufen und Werbefaxen. Das rechtlich geschützte Interesse sei durch die Übertretung nicht unerheblich verletzt worden. Auch der Gesetzgeber habe durch die mögliche Höchststrafe iHv EUR 58.000,00 deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er Übertretungen dieser Art einen sehr hohen Unrechtsgehalt beimesse.

Angaben zu Einkommens- und Vermögensverhältnissen oder Unterhaltpflichten seien nicht erfolgt. Bei der Strafbemessung sei erschwerend gewertet worden, dass die Beschwerdeführerin im XXXX wegen einer gleichen Übertretung rechtskräftig verurteilt worden sei (XXXX). Außerdem sei die frühere handelsrechtliche Geschäftsführerin der mitbeteiligten Partei im XXXX und XXXX wegen gleicher Übertretungen (XXXX) rechtskräftig verurteilt worden, weshalb die Beschwerdeführerin von der Wichtigkeit der Einhaltung der Bestimmungen nach § 107 Abs. 1 TKG wissen musste, zumal die damalige Geschäftsführerin noch immer als Gesellschafterin bei der mitbeteiligten Partei aufscheine.

Die verhängte Strafe sei somit jedenfalls tat- und schuldangemessen. Dieser Betrag sei auch bei Vorliegen ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse mit 2,5 % des Strafhöchstbetrags als keinesfalls überhöht anzusehen.

2. Gegen dieses Straferkenntnis er hob die Beschwerdeführerin fristgerecht am XXXX Beschwerde und stellte die Anträge, das Bundesverwaltungsgericht möge „[6.1.] gem. § 44 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchführen; [6.2.] das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufheben und das Verfahren gem. § 38 VwGVG iVm § 45 Abs 1 VStG einstellen; in eventu [6.3.] es aufgrund der geringen Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der geringen Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat sowie aufgrund meines geringen Verschuldens bei einer Ermahnung gem. § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG bewenden lassen; in eventu die Strafhöhe auf ein tat- und schuldangemessenes Maß herabsetzen“.

Begründend wurde zusammengefasst vorgebracht, dass sich die belangte Behörde mit den Vorbringen aus der Rechtfertigung vom XXXX , dem Beweismittel vom XXXX und der Mitteilung vom XXXX nicht auseinander gesetzt habe, obwohl sie dazu verpflichtet gewesen sei. Außerdem lasse das Straferkenntnis nicht erkennen, welchen Sachverhalt die Behörde ihrer Entscheidung zugrunde gelegt habe, aus welchen Erwägungen sie zur Einsicht gelangt sei, dass gerade dieser Sachverhalt vorliege, und aus welchen Gründen die Behörde die Subsumtion des Sachverhaltes unter einen bestimmten Tatbestand für zutreffend oder allenfalls unzutreffend erachtet habe.

Es sei weiters nicht nachvollziehbar, weshalb die belangte Behörde den Ausführungen der Anzeigenlegerin Glauben geschenkt habe, obwohl aus dem Einzelgesprächsnachweis der XXXX hervorgehe, dass ein Anruf zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht stattgefunden habe. Die mitbeteiligte Partei bediene sich auch keines weiteren Netzproviders und würden alle Anrufe und Telefonate der verfahrensgegenständlichen Rufnummer XXXX ausschließlich über die XXXX abgewickelt werden.

Es sei ferner unzutreffend, dass die Anzeigenlegerin zuvor schon bei Werbeanrufen der mitbeteiligten Partei gebeten habe, weitere Werbeanrufe zu unterlassen, denn ein kontaktierter Kunde, der dies gegenüber dem Anrufenden deutlich gemacht habe, werde aufgrund des unternehmensinternen Kontrollsystems nicht mehr angerufen: Die XXXX habe die mitbeteiligte Partei damit beauftragt, Beratungs- und Besprechungstermine mit Kunden zu vereinbaren. Wie und über welche Kommunikationskanäle derartige Termine zustande kommen würden, obliege der mitbeteiligten Partei. Die mitbeteiligte Partei sei dabei berechtigt, auf einen Datenpool der XXXX zuzugreifen, in dem sich ausschließlich Daten mit opt-in Werbeeinwilligungen befinden würden. Wenn ein Kunde/Adressat wünsche, nicht mehr kontaktiert zu werden, werde dies von der mitbeteiligten Partei als Widerruf gewertet und der Kontakt im EDV-System mit einer Sperre versehen. Die Frage des Widerrufes einer Einwilligung im Sinne des § 107 TKG 2003 werde sehr ernst genommen, weshalb sämtliche Mitarbeiter dahingehend geschult seien, bei der Beendigung jedes Telefonates konkret zu fragen, ob eine weitere telefonische Kontaktaufnahme erfolgen könne. Ob die dargestellte Vorgehensweise eingehalten werde, werde regelmäßig wiederholt, stichprobenartig von der Beschwerdeführerin überprüft. Die Anzeigenlegerin habe am XXXX ihre Einwilligung gegeben, ein Widerruf habe bis zur erstmaligen Kontaktaufnahme der Behörde am XXXX nicht stattgefunden. Den unternehmensinternen Aufzeichnungen zu Folge habe es mit der Anzeigenlegerin zwei Gespräche gegeben: Eines im XXXX und eines im XXXX . Über diese Gespräche würden Voice-File-Aufzeichnungen vorliegen; im Zuge dieser Gespräche habe die Anzeigenlegerin ihre Einwilligung erteilt, dass sie wieder kontaktiert werden dürfe. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Anzeigenlegerin in der vergangenen Zeit von einem Konkurrenzunternehmen kontaktiert worden sei, das sich lediglich auf die XXXX bezogen habe, ohne dass eine wie auch immer geartete Verbindung zwischen den Unternehmen bestehen würde.

Zwar würden sämtliche Werbeeinwilligungen, die Kunden/Adressaten erteilen, gegenüber der XXXX erteilt werden, die mitbeteiligte Partei lege aber bei einer Kontaktaufnahme offen, im Namen der XXXX zu handeln. Solange eine derartige Offenlegung und Klarstellung erfolge, sei für den Kunden/Adressaten klar und deutlich erkennbar, von wem die Kontaktaufnahme ausgehe. Bei vorzunehmender teleologischer Interpretation des § 107 TKG 2003 sei entscheidend, dass die Einwilligung ohne Zwang für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage zu erteilen sei. Das bedeute, dass für den Adressaten u.a. klar und deutlich hervorgehen müsse, von welchen Unternehmen er Werbung zu erwarten habe und welche Produkte beworben werden würden. Die mitbeteiligte Partei teile den Angerufenen mit, nicht für sich selbst und somit für eigene Produkte und/oder Dienstleistungen Werbung zu verbreiten.

Darüber hinaus seien die Ausführungen zur rechtswidrigen Einwilligungserklärung nicht korrekt. Die Einwilligungserklärung schriftlich zu widerrufen, sei nicht der einzige und zwingende Weg. Der Hinweis, dass der

Widerruf an die XXXX zu erfolgen habe, sei für den Kunden einprägsam; damit werde ganz generell darauf hingewiesen, dass ein jederzeitiger Widerruf (schriftlich, mündlich oder per E-Mail) möglich sei. Bei der Anzeigenlegerin sei die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit gewährleistet gewesen.

3. Am XXXX langte die Beschwerdevorlage der belangten Behörde vom XXXX unter Anschluss des Verwaltungsstrafaktes beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Dabei nahm die belangte Behörde Bezug auf das Beschwerdevorbringen: So wies diese insbesondere darauf hin, dass durch den Umstand, dass die Anzeigenlegerin sieben Minuten nach dem erfolgten Werbeanruf die Anzeige eingebracht habe, ihrer Aussage ein höherer Beweiswert zukomme als dem von der Beschwerdeführerin vorgelegten Einzelverbindnungsnachweis, zumal durch den Einzelverbindnungsnachweis nur dargelegt werde, dass der Werbeanruf nicht über das XXXX durchgeführt worden sei. Durch diesen Einzelgesprächsnachweis könne nicht bewiesen werden, dass der gegenständliche Werbeanruf nicht doch über das Netz eines anderen Anbieters abgewickelt worden sei. Für die belangte Behörde seien die Angaben der Anzeigenlegerin sehr glaubwürdig und würden diese auch durch die Angaben von einem Anzeigenleger eines Parallelverfahrens (XXXX) bestätigt werden.

Zum Beschwerdevorbringen, dass eine rechtsgültige Einwilligungserklärung der Anzeigenlegerin für den Erhalt von Werbeanrufen vorgelegen sei, werde angeführt, dass diese zwar am XXXX die vorgelegte Einwilligungserklärung ausgefüllt und unterschrieben habe, aber diese Einwilligungserklärung nur der XXXX die Erlaubnis gewähre, die Anzeigenlegerin mit Werbeanrufen zu kontaktieren. Diese Einwilligungserklärung erlaube es aber nicht, dass andere Firmen wie die mitbeteiligte Partei diese mit Werbeanrufen belästigen dürften. Diese Feststellung werde durch das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom XXXX , W120 2107017-1/8E und W120 2107559-1/8E, bestätigt. Im zitierten Erkenntnis werde nämlich angeführt, dass die Durchführung der Anrufe zwar extern erfolge, aber unter genauen Vorgaben der dort zweitbeschwerdeführenden Partei, die den beauftragten Unternehmen keine Eigenverantwortung (z.B. hinsichtlich der Einholung der Einwilligungen oder der Auswahl der kontaktierten Teilnehmer) übertrage. Insbesondere stelle die dort zweitbeschwerdeführende Partei den beauftragten Unternehmen die erforderlichen Daten über ein System zur Verfügung, das dem jeweiligen Call-Agent die Anrufe automatisiert zuteile. Zudem werde die Durchführung der Anrufe von der dort zweitbeschwerdeführenden Partei laufend überwacht. Genau dies sei im gegenständlichen Verfahren nicht der Fall: Die mitbeteiligte Partei trage die alleinige Eigenverantwortung für den gegenständlichen Werbeanruf. Außerdem sei die Telefonnummer der mitbeteiligten Partei beim Teilnehmer angezeigt worden.

Der Vollständigkeit halber müsse noch angeführt werden, dass die Anzeigenlegerin nach dem gegenständlichen Werbeanruf nicht gewusst habe, welche Firma sie angerufen habe bzw. in wessen Auftrag dieser Werbeanruf erfolgt sei. Dadurch werde bezweifelt, dass der Anrufer beim gegenständlichen Werbeanruf mitgeteilt habe, dass dieser Anruf für die XXXX vorgenommen werde. Außerdem habe die Anzeigenlegerin die vorgelegte Einwilligungserklärung zuvor zwei Mal widerrufen.

4. Das Bundesverwaltungsgericht gab der mitbeteiligte Partei mit Schreiben vom XXXX die Möglichkeit, sich zur Beschwerde der Beschwerdeführerin vom XXXX zu äußern.

5. Die mitbeteiligte Partei gab daraufhin am XXXX bekannt, sich den Ausführungen der Beschwerdeführerin vollinhaltlich anzuschließen.

6. Mit Schriftsatz vom XXXX bezog die Beschwerdeführerin Stellung zu den Ausführungen der belangten Behörde in der Beschwerdevorlage vom XXXX , die dieser und der mitbeteiligten Partei vom Bundesverwaltungsgericht mit den Ladungen zur Beschwerdeverhandlung zur Kenntnis gebracht worden waren.

Zusammengefasst bestritt die Beschwerdeführerin, dass der Aussage der Anzeigenlegerin ein höherer Beweiswert zukomme, als in der im gegenständlichen Verfahren vorgeworfenen Zeitspanne kein Telefonat mit dieser stattgefunden habe, andernfalls dies aus dem Einzelgesprächsnachweis hervorgehen würde. Die mitbeteiligte Partei verfüge auch über keinen zusätzlichen Telefonprovider; aus den vorgelegten Auszügen des Buchhaltungssystems sei ersichtlich, dass „Telefongebühren“ ausschließlich über die XXXX verrechnet werden würden.

Zu den zitierten Erkenntnissen des Bundesverwaltungsgerichtes sei festzuhalten, dass diesen ein anderer Sachverhalt zugrunde gelegen sei. Die dort zweitbeschwerdeführende Partei habe von einem Adresshandel Datensätze mit opt-in Werbeeinwilligungen zugekauft, ohne deren Richtigkeit selbst – zumindest stichprobenartig – zu prüfen. Diese habe

sodann die Datensätze für eigene Zwecke verwendet. Im vorliegenden Fall habe die mitbeteiligte Partei jedoch keinerlei Datensätze der XXXX erworben bzw. übernommen, um diese für eigene Zwecke zu nutzen. Die mitbeteiligte Partei sei ausschließlich als Dienstleister beauftragt worden, für die XXXX diverse Beratungs- und Gesprächstermine zu vereinbaren. Bei jedem Anruf erfolge eine Offenlegung; damit sei für den Kunden deutlich erkennbar, von wem die Kontaktaufnahme erfolge, und dass es sich um einen Anruf für die XXXX handle. Es sei daher nicht richtig, dass für die mitbeteiligte Partei eine eigenständige Werbeeinwilligung erforderlich wäre.

Dass die Anzeigenlegerin die vorgelegte Einwilligungserklärung zwei Mal vor dem gegenständlichen Werbeanruf widerrufen habe, sei nicht richtig. Laut den unternehmensinternen Aufzeichnungen hätten die zwei letzten Gespräche im XXXX und im XXXX stattgefunden. Zu den vorgelegten Voice-File-Aufzeichnungen sei zu bemerken, dass die Aufzeichnungen erst ab dem Zeitpunkt erfolgen würden, ab dem der Kunde der Aufzeichnung zustimme. Das bedeute, dass vor der Frage über die Gesprächsaufzeichnung noch eine Vorstellung und eine Klarstellung durch die Anruferin/den Anrufer erfolge, dass es sich um einen Anruf für die XXXX handle.

Es sei aus Sicht der Beschwerdeführerin möglich, dass die Anzeigenlegerin im vorliegenden Fall ein Gespräch mit einem Konkurrenzunternehmen fälschlicherweise der mitbeteiligten Partei zugeordnet habe.

7. In der Eingabe vom XXXX wiederholte die Beschwerdeführerin ihre bisherigen Anträge und stellte abschließend den Antrag auf Vertagung der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht, über den mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom XXXX abschlägig abgesprochen wurde.

8. Die belangte Behörde erstattete am XXXX eine Eingabe zur Mitteilung der Beschwerdeführerin vom XXXX, die der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei mittels Parteiengehör vom XXXX vom Bundesverwaltungsgericht zur Kenntnis gebracht wurde.

Nach Auffassung der belangten Behörde komme den Aussagen der Anzeigenlegerin ein höherer Beweiswert zu als den Aussagen der Beschwerdeführerin samt Einzelverbindlungsnachweis, weil einerseits die Anzeige sieben Minuten nach dem erfolgten Werbeanruf erstattet worden sei und deshalb ein Irrtum bezüglich der Anrufzeit und „Anruf-Telefonnummer“ ausgeschlossen werden könne, andererseits weil in einem Parallelverfahren (XXXX) der dortige Anzeigenleger auch einen Werbeanruf erhalten habe, bei dem die Telefonnummer XXXX aufgetaucht und ebenso wie der Anzeigenlegerin ein XXXX angeboten worden sei. Beide Werbeanrufe würden lediglich fünf Tage auseinanderliegen. Die Glaubwürdigkeit dieser beiden Anzeigenleger könne durch die vorgelegten Unterlagen nicht in Zweifel gezogen werden, weil dadurch nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Werbeanrufe über ein anderes Netz durchgeführt worden seien.

Weiters habe die Anzeigenlegerin mit E-Mail vom XXXX mitgeteilt, dass diese schon bei den ersten beiden Werbeanrufen zu verstehen gegeben habe, kein Interesse an den Produkten der XXXX zu haben und keine weiteren Werbeanrufe mehr zu wünschen.

9. Nach einer Mitteilung der Beschwerdeführerin vom XXXX brachte das Bundesverwaltungsgericht der belangten Behörde die Gesprächsaufzeichnungen der Anzeigenlegerin mit Schreiben vom XXXX zur Kenntnis und übermittelte weiters der Beschwerdeführerin sowie der mitbeteiligten Partei die Stellungnahme der belangten Behörde vom XXXX.

10. Am XXXX fand eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt, an der die gemeinsame Rechtsvertreterin (im Verhandlungsprotokoll: „RV“) der Beschwerdeführerin (im Verhandlungsprotokoll: „BF“) sowie der mitbeteiligten Partei (im Verhandlungsprotokoll: „wVP“), ein Vertreter der belangten Behörde (im Verhandlungsprotokoll: „BehV“) und vier Zeugen (XXXX [im Verhandlungsprotokoll: „Z1“], XXXX [im Verhandlungsprotokoll: „Z2“], XXXX [im Verhandlungsprotokoll: „Z3“] und XXXX [im Verhandlungsprotokoll: „Z4“]) teilnahmen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen

1.1. Die Beschwerdeführerin war vom XXXX bis zum XXXX und damit zum Tatzeitpunkt handelsrechtliche Geschäftsführerin der mitbeteiligten Partei. Diese machte keine Angaben zu ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen sowie Sorgepflichten. Über die Beschwerdeführerin wurde bisher eine einschlägige Strafe wegen des Verstoßes gegen § 107 Abs. 1 TKG rechtskräftig verhängt (XXXX).

1.2. Die mitbeteiligte Partei ist eine Telefonmarketingdienstleisterin und wurde im XXXX von der XXXX damit beauftragt, Termine für Beratungsgespräche mit Interessenten bzw. Kunden zu vereinbaren, wobei bei jedem Anruf offengelegt wird, dass der Anruf für die Firma XXXX erfolgt. Die mitbeteiligte Partei unterliegt bei ihrer Tätigkeit keinen Vorgaben dahingehend, welche Personen zu kontaktieren sind, über welche Kommunikationskanäle eine Kontaktaufnahme stattzufinden oder wie die Gesprächsführung auszusehen hat; es gibt lediglich z.B. regionale Vorgaben. Die Durchführung der Anrufe wird von der XXXX auch in keiner Art und Weise überwacht.

Die mitbeteiligte Partei ist berechtigt, auf einen Datenpool mit opt-in Werbeeinwilligungen von der XXXX zuzugreifen. Diese Daten stammen aus verschiedenen Quellen, wie bspw. aus Beratungsgesprächen im Zuge von Messeveranstaltungen, aus Gewinnspielen, Online Co-Registrierungen, Kundeneinwilligungen usw. Der Datenpool wird von der XXXX verwaltet und gewartet, indem er regelmäßig kontrolliert und auf Aktualität der Daten überprüft wird. Wenn ein Adressat eine schriftliche Einwilligung zur Kontaktaufnahme und Verarbeitung seiner Daten erteilt, wird diese Erlaubnis mit einem Vier-Augen-Prinzip überprüft.

Die mitbeteiligte Partei kann durch Nachfragen bei der XXXX das Vorliegen der Einwilligung einer Person zum Erhalt von Werbeanrufen im Einzelfall nachprüfen, was stichprobenartig geschieht.

Wenn ein Kunde/Adressat wünscht, nicht mehr kontaktiert zu werden, zB auf Nachfrage am Ende eines Werbeanrufs, wird dies als Widerruf gewertet und der Kontakt im EDV-System mit einer Sperre versehen. Automatisch dazu wird der Kunde/Adressat in eine sogenannte „Sperrliste“ eingetragen, sodass diese Daten nicht mehr verwendet werden; auch kann auf diese Daten nicht mehr ohne weiteres zugegriffen werden.

Erteilte Einwilligungen können entweder schriftlich, per E-Mail oder Fax etc. unmittelbar gegenüber der XXXX widerrufen werden, oder telefonisch gegenüber der zur Entgegennahme von Widerrufen befugten mitbeteiligten Partei. Die Widerrufe werden von der XXXX und der mitbeteiligten Partei mit Stichproben im Vier-Augen-Prinzip auf korrekte Verarbeitung hin kontrolliert. Die Mitarbeiter/-innen der mitbeteiligten Partei sind dahingehend geschult, bei der Beendigung jedes Telefonates zu erfragen, ob eine weitere telefonische Kontaktaufnahme („Wiederanruf“) erfolgen könne, und bei einem Widerruf die sich abmeldende Person mit einer Sperre zu versehen. Der Datensatz wird dann sowohl im EDV-System, in dem die Call-Agents der mitbeteiligten Partei arbeiten, als auch im System der XXXX gesperrt.

Ob die dargestellte Vorgehensweise eingehalten wird, wurde von der Beschwerdeführerin regelmäßig wiederholt, stichprobenartig überprüft. Bei der mitbeteiligten Partei werden zum Verhalten der Mitarbeiter/-innen am Telefon z.B. Schulungen und Coachings durch Gruppenleiter durchgeführt.

1.3. Die XXXX ist eine Telekommunikationsdiensteanbieterin und stellt der mitbeteiligten Partei seit mehreren Jahren ein Webtool zur Verfügung, das dieser die Durchführung von Telefonaten ermöglicht; dazu werden auch mehrere Telefonnummern, u.a. die Rufnummer XXXX , bereitgestellt. Die Abrechnung der XXXX basiert nicht auf den einzelnen gewählten Rufnummern, sondern auf der Nutzung des Systems durch die mitbeteiligte Partei.

1.4. Die Anzeigenlegerin, die am XXXX eine Einwilligungserklärung der XXXX mit dem vorgedruckten Text „Ich erlaube der Firma XXXX – in stets widerruflicher Weise (zu richten an XXXX XXXX) – mich telefonisch über deren aktuelle Angebote aus dem Bereich XXXX zu informieren sowie mir postalisch und per E-Mail Angebote zukommen zu lassen. Ich willige – bis auf Widerruf – der Speicherung, Übertragung, Überarbeitung und Nutzung der diesbezüglich von mir oben angegebenen Daten zu diesem Zwecke ein. Die Daten werden nicht an Dritte weitergegeben.“ unterzeichnete, äußerte bei Werbeanrufen der mitbeteiligten Partei mehrfach den Wunsch, nicht mehr kontaktiert zu werden. Die mitbeteiligte Partei setzte die Anrufe, in denen Produkte der XXXX beworben wurden, dennoch fort; an deren Ende erfolgte keine Frage danach, ob eine weitere Kontaktaufnahme erwünscht sei.

Eine Einwilligung der Anzeigenlegerin zum Erhalt von Werbeanrufen gegenüber der mitbeteiligten Partei selbst lag niemals vor.

1.5. Am XXXX um XXXX Uhr erfolgte von der Rufnummer XXXX ein Anruf zu Werbezwecken an den von der Anzeigenlegerin genutzten Telefonanschluss XXXX . Die Anzeigenlegerin hob nicht ab, weil sie aufgrund der Rufnummer einen Werbeanruf vermutete. Diese erfuhr durch eine spätere Google-Recherche, dass die konkrete Nummer für Anrufe im Namen der XXXX verwendet wird.

1.6. Hinsichtlich des Anrufes am XXXX wurde Anzeige an die belangte Behörde durch die Anzeigenlegerin am XXXX erstattet und in der Folge das angefochtene Straferkenntnis erlassen.

1.7. Die Kontaktdaten der Anzeigenlegerin wurden erst aufgrund der Aufforderung zur Rechtfertigung durch die belangte Behörde am XXXX von der XXXX und der mitbeteiligten Partei auf die Sperrliste im Datenpool gesetzt.

2. Beweiswürdigung

2.1. Feststellungen unter Pkt. II.1.1.

Die Feststellungen zur Beschäftigung der Beschwerdeführerin als Geschäftsführerin der mitbeteiligten Partei in der angeführten Zeitspanne und zu den fehlenden Angaben hinsichtlich ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie Sorgepflichten ergeben sich aus den unbestrittenen Unterlagen im Verwaltungsakt (Firmenauszug vom XXXX , Beschwerde etc.) in Zusammenschau mit den in der Beschwerdeverhandlung getätigten Aussagen der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin („[...] RI an RV: Kennen Sie das Einkommen von der BF? RV: Nein, das ist mir nicht bekannt. RI: Wissen Sie, ob sie Sorgepflichten hat? RV: Nein, das ist mir nicht bekannt. RI: Von wann bis wann war die BF handelsrechtliche Geschäftsführerin der wVP? RV: Dazu kann ich sagen, dass sie im XXXX ausgeschieden ist. [...]“; Verhandlungsprotokoll, Seiten 6 f). Das Bestehen der einschlägigen Vorstrafe folgt aus dem Straferkenntnis und wurde diese nicht beanstandet.

2.2. Feststellungen unter Pkt. II.1.2.

Die Feststellungen zum Dienstleistungsverhältnis zwischen der mitbeteiligten Partei und der XXXX sowie zum angewandten Telefonmarketing-System basieren auf der gemeinsamen Vereinbarung vom XXXX , den Beschwerdeaufführungen (Seiten 8 ff), einer Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom XXXX (Seite 4) sowie den diesbezüglich überzeugenden Aussagen des in der Beschwerdeverhandlung als Zeugen einvernommenen XXXX („[...] RI: Auf Grundlage welcher Vereinbarung wird die wVP für die XXXX tätig? Z1: Da gibt es einen Dienstleistungsvertrag. Dieser wurde heute vorgelegt. RI: Erhält die wVP von der XXXX Vorgaben dahingehend, an welche Personen heranzutreten ist, über welche Kommunikationskanäle die Kontaktaufnahme stattzufinden oder wie der Gesprächsverlauf auszusehen hat? Z1: Bestimmte Vorgaben, z.B. regionale Vorgaben, gibt es sehr wohl, sonst nichts. Mit regional meine ich, an welche Orten Termine vereinbart werden sollen. RI: Wird die Durchführung der Anrufe von der XXXX in irgendeiner Art und Weise überwacht? Z1: Nein. [...] RI: Wie wird sichergestellt, dass im Datenpool, auf den die wVP zugreifen kann, nur Personen aufscheinen, die zuvor eine Einwilligung erteilt haben? Z1: Der Datenpool besteht nur aus solchen Datensätzen. Dies betrifft den Datenpool, der von der XXXX zur Verfügung gestellt wird. RI: Kann die wVP vor Anrufen auch selbst nachprüfen, ob Einwilligungen im Einzelfall vorliegen? Falls ja, ist Ihnen bekannt, ob sie dies auch tut? Z1: Stichprobenartig wird das bei der XXXX nachgefragt. RI: Finden Sie es problematisch, wenn die Einwilligung gegenüber einem anderen Unternehmen erteilt wird, als dem, das später den telefonischen Kontakt aufnimmt? Z1: Nein. Das ist Geschäftsfeld der wVP als Telemarketingdienstleistung. [...] RI: Wie wird verhindert, dass Anrufe ohne eine zuvor erteilte Einwilligung getätigt werden? Wie sieht das entsprechende Kontrollsyste aus? Z1: Da gibt es ein EDV-System, in dem entsprechende Datensätze verwaltet werden. Dieses EDV-System sieht unter anderem sowohl das Einspielen von gültigen Erlaubnissen (Opt-Ins) wie auch das Sperren der entsprechenden Datensätze bei einem geäußerten Sperrwunsch vor. Auf Nachfrage der RI gebe ich an, dass regelmäßig im Vier-Augen Prinzip Sperranfragen auf korrekte Verarbeitung hin kontrolliert werden. [...] RI: Wie und bei wem (wVP und/oder XXXX) können Kunden eine zuvor erteilte Einwilligung widerrufen? Z1: An dieser Stelle am Telefon, durch Verweigerung einer Äußerung oder Kontakteinwilligungsaufhebung oder schriftlich an die XXXX oder mit einer E-Mail an die XXXX , Fax, also alle Kanäle, die es gibt. [...] RI: Hat die wVP Kontrollmechanismen, um z.B. menschliches Versagen abzufangen? Z1: Hierzu verweise ich auf das Vier-Augen Prinzip mit Stichproben. RI: Wollen Sie sonst noch was zum Kontrollsyste ausführen? Z1: Nein. BehV: Wo findet das Stichprobensystem und das Vier-Augen Prinzip statt? Z1: Sowohl bei der wVP als auch bei XXXX . Hängt vom Zeitpunkt oder Ort der Rücknahme der Einwilligung ab. Bei der wVP werden entsprechende Sperren eingesetzt und danach von den Führungskräften kontrolliert. Bei der XXXX , wenn eine schriftliche Sperre eintrifft, vom Innendienst bei der XXXX . [...] BehV: Sie haben davor ausgeführt, dass es einen Datenpool gibt. Wo liegt diese Datenbank, und in welcher Form kann die wVP darauf zugreifen? Wie läuft das im Konkreten ab? Z1: Durch Schnittstellen, von EDV-System zu EDV-System. Eine Datenbank liegt bei der XXXX und eine andere, die mit Opt-In versehen ist, liegt bei der wVP. Diese letztere umfasst weniger Daten. BehV: Wie oft wird die aktualisiert an die wVP weitergegeben? Z1: Im Millisekundenbereich, jedenfalls sekundenaktuell. BehV: Wenn der

Callcenteragent der wVP eine Sperre einträgt, ist das dasselbe System, das dann an die XXXX weitergeleitet wird, oder muss er ein anderes Fenster am Computer aufmachen? Z1: Der Telefonist hat die Möglichkeit, mit einem Knopf die Sperre zu setzen, im Gespräch. In der Sekunde ist der Datensatz in diesem System, wo der Telefonist arbeitet, und im System der XXXX gesperrt, aber es ist eine Kopie. So ist sichergestellt, dass Sperren in beiden Systemen sofort erfolgen. Gleichtes passiert vice-versa, wenn bei der XXXX eine Sperre erfolgt. [...] BehV: Die Datenbank, die der wVP von der Firma XXXX zur Verfügung gestellt wird, beinhaltet nur jene mit Opt-Ins, diese sind bei der wVP nicht sichtbar. Wenn man kontrollieren will, muss man eine direkte Anfrage an die Firma XXXX stellen, die dann das im konkreten Fall vorlegen kann? Z1: Ja, die Opt-Ins sind die Opt-Ins der XXXX . [...] RV: Sie haben uns am Anfang zur Vereinbarung erklärt, dass die wVP als Dienstleister tätig wird. Existiert zwischen der XXXX und der wVP eine Auftragsverarbeitungsvereinbarung nach der DSGVO? Z1: Ja. RV: Das heißt, die wVP wird als Auftragsverarbeiter für die XXXX tätig? Z1: Ja, korrekt. [...] RV: Innerhalb der wVP, erfolgt hier kontrollsystémähnlich, wie sich Mitarbeiter am Telefon verhalten, gibt es hier Vorfahrten? Z1: Ja, z.B. Schulungen, Coachings durch Gruppenleiter. RV: Können diese Mitarbeiter, die am Telefon sind, die auch Sperrvermerke vermerken können, die Daten im Datenpool verändern? Z1: Ja, der Auftrag betrifft unter anderem auch Korrekturtätigkeiten, z.B. Adresskorrekturen, diese können auch erfasst werden. [...]; Verhandlungsprotokoll, Seiten 9 ff).

2.3. Feststellungen unter Pkt. II.1.3.

Die Feststellungen zur Geschäftsbeziehung zwischen der mitbeteiligten Partei und der XXXX gründen sich insbesondere auf die Einvernahmen des XXXX vor der Verwaltungsbehörde (Niederschrift vom XXXX) sowie dem Bundesverwaltungsgericht („[...] RI: Stimmt es, dass die XXXX die Telefonnummer XXXX der wVP zur Verfügung stellt? Z2: Ich kenne die Nummer nicht auswendig, verweise aber hierzu auf meine Aussage vor dem Fernmeldebüro. Wenn das eine der genannten Nummern ist, dann wird diese von uns der wVP zur Verfügung gestellt. RI: Seit wann besteht eine Geschäftsbeziehung zwischen der XXXX und der wVP? Z2: Seit vielen Jahren, glaublich um die XXXX Jahre. [...] BehV: Sie wurden damals bei der Fernmeldebehörde einvernommen, da haben Sie angegeben, dass die XXXX für die wVP mehrere Nummern bereitstellt, die entsprechend über das Netz der XXXX verrechnet werden? Z2: Ja, das ist korrekt. BehV: Dann haben Sie angegeben, Sie bieten eine webbasierte Softwarelösung an, bitte erläutern Sie diese? Z2: Die wVP bekommt von uns ein Webtool, eine Softwarelösung, über die die wVP ihre Kunden/Kundinnen kontaktiert und von diesen kontaktiert werden kann. Die Idee dahinter ist vor allem, die Telefonisten zu entlasten, manuell Telefonnummern wählen zu müssen, und zum anderen, die entsprechenden Kontakte in einer gewissen Form zu dokumentieren. BehV: Das heißt, das Tool stellt die XXXX zur Verfügung, befüllen muss es die wVP? Z2: Ja, das ist richtig. Man sieht, ob ein Gespräch geführt wurde und wie lange dieses war, mit welcher Nummer. Die vorgelegten Listen entspringen dem System. [...] BehV: Wie funktioniert die Abrechnung zwischen der XXXX und der wVP, weil Sie damals angegeben haben, die Abrechnung läuft nicht über die einzelnen Nummern? Z2: Die Abrechnung basiert auf der Nutzung des Systems gesamthaft, wie viel Zeit in diesem System genutzt wird von der wVP. Das ist ein Cloudsystem, und da ist es üblich, möglichst einfache Abrechnungsmodelle zu finden. Wenn es genutzt wird, ist es zu bezahlen, wenn es nicht benutzt wird, kostet es nichts. Dies hat nichts mit den einzelnen Gesprächen zu tun, sondern mit der Zeit, die ein Agent das System benutzt. BehV: Sie stellen ja nur die Telefonsoftware zur Verfügung. Wenn ich jetzt nur etwas in die Maske eintrage, dann wird das noch nicht verrechnet? Z2: Ja, das stimmt. BehV: Dann ist es eigentlich egal, wie viele Nummern zur Verfügung gestellt werden? Z2: Ja. BehV: Es geht nicht um den einzelnen Telefonanschluss, sondern um die Zeidauer, die das System, das die XXXX der wVP zur Verfügung stellt, nutzt? Z2: Ja.“ [...]; Verhandlungsprotokoll, Seiten 16 ff).

2.4. Feststellungen unter Pkt. II.1.4.

Die Feststellung zur von der Anzeigenlegerin unterzeichneten Einwilligungserklärung der XXXX fußt auf der der ergänzenden Rechtfertigung vom XXXX beigelegten Urkunde vom XXXX .

Dass die Anzeigenlegerin – vermutlich nach den Gesprächen im XXXX und im XXXX (vgl. für den Inhalt die beigeschafften Voice-Aufzeichnungen) – bei Werbeanrufen gegenüber der mitbeteiligten Partei mehrfach den Wunsch äußerte, nicht weiter kontaktiert werden zu wollen, Telefonate von dieser aber dennoch fortgesetzt wurden, geht auf die glaubhaften Angaben der Anzeigenlegerin zurück, die schon während des Behördenverfahrens am XXXX und XXXX bekannt gab, entgegen ihrem Willen von Werbeanrufen der „XXXX“ belästigt worden zu sein; dazu konnte sie gleich mehrere Rufnummern der mitbeteiligten Partei nennen, von denen sie angerufen worden war (E-Mail vom XXXX betreffend XXXX XXXX ; s. Pkt. I.1.5.). Die Anzeigenlegerin wiederholte diese Äußerungen überzeugend und

nachvollziehbar auch vor dem Bundesverwaltungsgericht („[...] RI: Haben Sie davor schon mal bei der Telefonnummer abgehoben? Z4: Ja. RI: Was war da der Inhalt des Gesprächs? Z4: Es ging um XXXX . Ich hatte aber kein Interesse und habe das auch mehrmals erwähnt. [...] RI: Hat man Sie am Ende des Gespräches gefragt, ob Sie weiterhin eine Kontaktaufnahme möchten? Z4: Ich wurde nicht gefragt. Ich habe dann selber gesagt, dadurch ich kein Interesse habe, ich nicht mehr angerufen werden möchte. Dann hat man mir mitgeteilt, dass das notiert wird. Es waren ja verschiedene Nummern. Trotz blockieren wurde ich immer wieder angerufen. Aus irgendeinem Grund ist das nicht gegangen. Es waren aber mehrere Nummern. [...] RI: Wissen Sie ungefähr noch, wie oft Sie zuvor kontaktiert wurden bzw. wie oft Sie gesagt haben ‚Bitte keine Werbung‘? Z4: Zwei, drei Mal habe ich das sicher gesagt. Ich weiß aber nicht, wie oft ich angerufen wurde. Ich glaube, es waren vier oder fünf verschiedene Nummern. RI: Haben Sie irgend etwas unternommen, um keine weiteren Anrufe dieser Art zu erhalten? Z4: Ich habe versucht, die Nummer zu blockieren, aber aus irgendeinem Grund kommen die immer wieder durch, auch dieselbe Nummer, die ich blockiere. [...] Z4: Ich denke, das waren die ersten zwei Anrufe. Anscheinend habe ich erst danach gesagt, dass ich keine Anrufe mehr bekommen will. [...]“; BehV: Sie haben davor zu Protokoll gegeben, dass Sie schon mehrfach ersucht haben, bei Anrufen von der XXXX keine solche Anrufe mehr zu erhalten. Wissen Sie, wann das war, vor dem XXXX ? Z4: Nein, das weiß ich leider nicht mehr. BehV: Wissen Sie, ob das vor den Voice-Aufzeichnungen war? Z4: Ich denke, dass es danach war. Ich glaube, dass ich da sonst nicht so reagiert hätte, bei diesen zwei Gesprächen, wenn ich vorher meine Einwilligung bereits widerrufen hätte. [...]“; Verhandlungsprotokoll, Seiten 27 ff).

Soweit die Beschwerdeführerin in der Beschwerde behauptet, dass eine Kontaktaufnahme bei einem Widerruf wegen des installierten Maßnahmen- und Kontrollsystems ausgeschlossen sei, wird auf die Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung (Pkt. II.3.4.) verwiesen.

Dass in den Telefonaten mit der Anzeigenlegerin Produkte der XXXX angepriesen wurden und am Ende der Gespräche nicht nachgefragt wurde, ob sie weiterhin eine Kontaktaufnahme möchte, berichtete diese überzeugend in der Beschwerdeverhandlung („[...] RI: Haben Sie davor schon mal bei der Telefonnummer abgehoben? Z4: Ja. RI: Was war da der Inhalt des Gesprächs? Z4: Es ging um XXXX [...] RI: Hat man Sie am Ende des Gespräches gefragt, ob Sie weiterhin eine Kontaktaufnahme möchten? Z4: Ich wurde nicht gefragt. Ich habe dann selber gesagt, dadurch ich kein Interesse habe, ich nicht mehr angerufen werden möchte. Dann hat man mir mitgeteilt, dass das notiert wird. [...]“; Verhandlungsprotokoll, Seite 27 f). Auch der Zeuge XXXX erzählte unabhängig von der Anzeigenlegerin, bei der Kontaktaufnahme durch die „ XXXX “ nicht danach gefragt worden zu sein („[...] RI: Hat man Sie am Ende des Gespräches gefragt, ob Sie weiterhin eine Kontaktaufnahme möchten? Z3: Nein. [...]“; Verhandlungsprotokoll, Seite 22).

Anhaltspunkte dafür, dass die von der Anzeigenlegerin erwähnten weiteren Werbeanrufe an sie betreffend XXXX von einem Konkurrenzunternehmen der Firma XXXX erfolgten, konnte das Bundesverwaltungsgericht angesichts der von der Anzeigenlegerin im Verwaltungsverfahren genannten anderen Telefonnummern (E-Mail vom XXXX ; s. Pkt. I.1.5. und I.1.6.), die der mitbeteiligten Partei zuzuordnen sind (vgl. die Aussage von XXXX vor der Verwaltungsbehörde; Niederschrift vom XXXX), nicht finden.

Eine Einwilligung zur Kontaktaufnahme der Anzeigenlegerin unmittelbar gegenüber der mitbeteiligten Partei behauptete die Beschwerdeführerin zu keinem Zeitpunkt.

2.5. Feststellungen unter Pkt. II.1.5.

Die Feststellungen zum von der mitbeteiligten Partei getätigten Anruf basieren auf den glaubhaften Angaben der Anzeigenlegerin, die in ihrer Anzeige vom XXXX , in ihren E-M

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