

TE Bvwg Erkenntnis 2020/2/8 W249 2226677-1

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
VwGVG §38
VwGVG §44
VwGVG §50 Abs1
VwGVG §52 Abs1
VwGVG §52 Abs2
VwGVG §52 Abs6

Spruch

W249 2226677-1/16E

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 verletzte Rechtsvorschrift wie folgt lautet: „§ 107 Abs. 1 iVm § 109 Abs. 4 Z 8 Telekommunikationsgesetz (TKG 2003), BGBl. I Nr. 70/2003 idFBGBl. I Nr. 78/2018 iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) idFBGBl. 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 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 nach einigen voran gegangenen Anrufen am XXXX , gegen XXXX unter Bekanntmachung der Telefonnummer XXXX einen Anruf zu Werbezwecken (Inhalt: Die Anruferin, die sich mit ‚ XXXX ‘ vorstellte, wollte dem Angerufenen ein Paket mit einem XXXX schicken, was dieser aber ablehnte.) zum Telefonanschluss XXXX getätigt hat, ohne dass der Inhaber des Anschlusses, XXXX , noch sonst von diesem zur Benützung seines Anschlusses ermächtigten Person den angeführten Anrufen zugestimmt haben.

Der oben angeführte Werbeanruf am XXXX erfolgte, obwohl XXXX bei den voran gegangenen Anrufen immer ersucht hatte, weitere Werbeanrufe zu unterlassen, was von Ihnen aber ignoriert wurde.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 107 Abs. 1 iVm § 109 Abs. 4 Zif. 8 Telekommunikationsgesetz, BGBl. I Nr. 70/2003 (TKG) idFBGBl. I Nr. 111/2018 iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) idF BGBl. 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 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 des XXXX (im Folgenden: „Anzeigenleger“) eingeleitet worden sei. Dieser habe in seiner E-Mail vom XXXX darüber informiert, den im Spruch angeführten Werbeanruf ohne vorherige Einwilligung von der Telefonnummer XXXX erhalten zu haben. Gleichzeitig habe er angegeben, seit mehr als einem Jahr von einer Dame der XXXX mit Werbeanrufen belästigt zu werden, wobei diese ihm immer ein XXXX einreden wolle; er habe der Anruferin jedes Mal gesagt, dass er kein XXXX benötige und sie die Werbeanrufe unterlassen solle. Trotz Blockierung der angezeigten Rufnummer habe der Anzeigenleger nach einiger Zeit wieder Werbeanrufe von der besagten Firma erhalten, bei denen jedoch andere Telefonnummern aufgeschienen seien. Die Telefonnummern habe dieser sofort auf die Sperrliste gesetzt, wobei er dann wieder mit einer neuen Telefonnummer angerufen worden sei. Insgesamt seien es sechs Telefonnummern gewesen, von denen Werbeanrufe eingelangt seien.

1.2. Über Aufforderung der belangten Behörde habe der Anzeigenleger am XXXX mitgeteilt, dass er sich die genaue Anrufzeit der Werbeanrufe, außer jener des letzten Anrufes, nicht notiert habe. Der Werbeanruf von der Nummer XXXX habe jedenfalls am XXXX um XXXX Uhr stattgefunden. Der Anzeigenleger habe zudem im Internet gelesen, dass er nicht der Einzige sei, der mit Werbeanrufen der XXXX belästigt werde.

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

1.4. 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 dem Anzeigenleger unter der Telefonnummer XXXX stattgefunden habe. Dies werde durch den vorgelegten Einzelbindungsnachweis von der Rufnummer XXXX bestätigt, der die Zeitspanne am XXXX zwischen XXXX Uhr beinhalte. Die vorgeworfene Verwaltungsübertretung sei daher bereits dem Grunde nach unzutreffend. Nicht richtig sei darüber hinaus, dass im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang vor dem vorgeworfenen Werbeanruf weitere Anrufe zum Anzeigenleger stattgefunden hätten; auch das gehe deutlich aus dem Einzelbindungsnachweis hervor. Alle getätigten Anrufe würden von der mitbeteiligten Partei exakt verzeichnet und vermerkt werden. Der letzte telefonische Kontakt mit dem Anzeigenleger habe im XXXX stattgefunden. Wie die Ausführungen und die vorgelegten Beweismittel zeigen würden, habe zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt sohin kein Telefongespräch stattgefunden.

1.5. Aufgrund dieser Rechtfertigung sei der Anzeigenleger am XXXX per E-Mail von der belangten Behörde gebeten worden, mitzuteilen, ob der Werbeanruf von der Nummer XXXX tatsächlich am XXXX gegen XXXX Uhr stattgefunden habe oder ob dieser Anruf vielleicht an einem anderen Tag oder zu einer anderen Uhrzeit erfolgt sei. Außerdem sollte bestätigt werden, ob der Werbeanruf tatsächlich am Mobiltelefon mit der Nummer XXXX eingelangt sei.

1.6. Am XXXX habe der Anzeigenleger der belangten Behörde per E-Mail mitgeteilt, dass der Werbeanruf von der Nummer XXXX ganz sicher am XXXX auf seinem Handy mit der Nummer XXXX eingelangt sei. An den genauen Zeitpunkt könne er sich leider nicht mehr erinnern, nur, dass dieser Anruf in der Zeit zwischen XXXX Uhr stattgefunden habe.

1.7. Mit E-Mail vom XXXX habe die belangte Behörde die Beschwerdeführerin darüber verständigt, dass sich der Anzeigenleger ganz sicher sei, dass der gegenständliche Werbeanruf von der Nummer XXXX am XXXX stattgefunden habe. An den genauen Zeitpunkt könne er sich nicht mehr erinnern, jedoch daran, dass sich dieser Anruf in der Zeit zwischen XXXX Uhr zugetragen habe. Da der vorgelegte Einzelbindungsnachweis lediglich die Zeitspanne von XXXX Uhr beinhalte, sei die Beschwerdeführerin aufgefordert worden, einen Einzelbindungsnachweis von der Rufnummer XXXX vom XXXX zwischen XXXX Uhr vorzulegen.

1.8. Am XXXX per E-Mail bzw. am XXXX postalisch sei eine Mitteilung der Beschwerdeführerin samt einem Einzelbindungsnachweis von der Rufnummer XXXX, der die Zeitspanne am XXXX zwischen XXXX inkludiert habe, bei

der belangten Behörde eingelangt. Es sei u.a. vorgebracht worden, dass aus dem Einzelgesprächsnachweis für die Telefonnummer XXXX ersichtlich sei, dass auch zwischen XXXX Uhr kein Telefonat mit dem Anzeigenleger stattgefunden habe.

1.9. Da sich der Anzeigenleger sowohl bei der Anzeige vom XXXX, als auch bei seiner Antwort vom XXXX sicher gewesen sei, dass der verfahrensgegenständliche Anruf am XXXX zwischen XXXX Uhr von der Nummer XXXX erfolgt sei, sei seitens der belangten Behörde die Aussagekraft der beiden vorgelegten Einzelverbindungsnaechweise in Frage gestellt worden, zumal sich in einem Parallelverfahren gegen die Beschwerdeführerin (XXXX ; Beschwerdeverfahren zur GZ. W249 2226674-1) die dortige Anzeigenlegerin auch sicher gewesen sei, dass der erhaltene Werbeanruf genau an jenem Tag stattgefunden habe, wie sie es im Anzeigenformular vermerkt habe.

1.10. 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 Netz der XXXX stattgefunden habe, was durch den Einzelverbindungsnaechweis belegt sei. Ob zu einem anderen Zeitpunkt ein Anruf bzw. Gespräch über das Netz der 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 Netz der XXXX stattgefunden hätten, auch im Einzelverbindungsnaechweis aufscheinen würden, zumal dafür auch ein Entgelt zu entrichten sei. Über bestimmte Dienste könne ein Endkunde seine Telefonnummer („user provided Rufnummer“) abändern, 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 könne dies natürlich nur für das Netz der 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.

1.11. 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 den vorgelegten Nachweisen um eine vollständige und abschließende Auflistung sämtlicher im ausgewiesenen Zeitraum erfolgten Telefonate handeln würde. Die Beschwerdeführerin bediene sich keiner weiteren Netzprovider und würden sämtliche ausgehende Anrufe über das von der XXXX zur Verfügung gestellte Verbindungsnetz abgewickelt werden.

1.12. Rechtlich führte die belangte Behörde im Straferkenntnis insbesondere aus, dass Anrufe zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers gemäß § 107 Abs. 1 TKG 2003 unzulässig seien. Die Beschwerdeführerin habe vorgebracht, dass zum angeführten Zeitpunkt kein Anruf zum Anzeigenleger durchgeführt worden sei, und zwei entsprechende Einzelgesprächsnachweise von der Rufnummer XXXX vorgelegt. Trotz des umfangreichen Ermittlungsverfahrens habe von der belangten Behörde jedoch nicht festgestellt werden können, dass Werbeanrufe der mitbeteiligten Partei nur über das Netz der 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 des Anzeigenlegers 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 der Anzeigenleger sowohl bei der Anzeige am XXXX, als auch bei den Nachtragsinformationen am XXXX und XXXX genau angeführt habe, dass er sicher am XXXX zwischen XXXX den angeführten Werbeanruf von der Telefonnummer XXXX erhalten habe, habe die belangte Behörde keine Zweifel, dass dieser Werbeanruf zum angeführten Zeitpunkt stattgefunden habe und bei diesem die Rufnummer XXXX angezeigt worden sei. Die Angaben des Anzeigenlegers würden auch von einer Anzeigenlegerin eines gegen die Beschwerdeführerin geführten Parallelverfahrens (XXXX) bestätigt werden. Bei diesem Parallelverfahren habe die Anzeigenlegerin 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 dieser Anzeigenlegerin angerufen zu haben; die Anzeigenlegerin 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. Durch den vorgelegten Einzelverbindungs nachweis 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 des Anzeigenlegers und jene der Anzeigenlegerin des oben angeführten Parallelverfahrens lediglich als Schutzbehauptung gewertet werden.

Bis dato habe die Beschwerdeführerin nicht mitgeteilt, ob der Anzeigenleger eine Einwilligung zum Erhalt von Werbeanrufen erteilt habe, weshalb dieser Werbeanruf gesetzwidrig erfolgt sei. Auch wenn der Anzeigenleger eine solche Einwilligung für Werbeanrufe je erteilt haben sollte, habe er diese mehrfach bei den vor dem gegenständlichen Werbeanruf stattgefundenen Anrufen widerrufen. Der Anzeigenleger habe schon bei der Anzeige am XXXX glaubhaft angeführt, dass er seit mehr als einem Jahr von einer Dame der XXXX mit Werbeanrufen belästigt werde, wobei er dieser Dame jedes Mal gesagt habe, dass er kein XXXX benötige und diese die Werbeanrufe unterlassen solle.

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 könne, 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 Widerrufs beim wirklichen Adressaten Werbeanrufen unbegrenzt ausgesetzt.

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 Unterhaltspflichten 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 und 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 tätig aufscheine. Milderungsgründe seien keine hervorgekommen.

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 erhob 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 [6.4.] 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 des Anzeigenlegers Glauben geschenkt habe, obwohl aus den Einzelgesprächsnachweisen 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 aufgrund des unternehmensinternen Kontrollsystems ausgeschlossen, dass ein von der mitbeteiligten Partei kontaktierter Kunde, der gegenüber dem Anrufenden deutlich mache, nicht mehr kontaktiert werden zu wollen, auch weiterhin kontaktiert werde: 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 Widerrufs 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. Der Anzeigenleger habe XXXX seine Werbe-opt-in-Einwilligung erteilt, ein Widerruf habe bis zur erstmaligen Kontaktaufnahme der Behörde am XXXX nicht stattgefunden. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Anzeigenleger 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.

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 der Anzeigenleger sowohl bei der Anzeige am XXXX, als auch bei der Nachtragsinformation am XXXX angeführt habe, dass der verfahrensgegenständliche Werbeanruf am XXXX erfolgt sei, anzunehmen sei, dass der Aussage des Anzeigenlegers ein höherer Beweiswert zukomme als den von der Beschwerdeführerin vorgelegten Einzelverbindungs-nachweisen, zumal durch die Einzelverbindungs-nachweise nur dargelegt werde, dass der

Werbeanruf nicht über das Netz der XXXX durchgeführt worden sei. Durch diese Einzelgesprächsnachweise 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 des Anzeigenlegers sehr glaubwürdig und würden diese auch durch die Angaben von einer Anzeigenlegerin eines Parallelverfahrens (XXXX) bestätigt werden.

In der Beschwerde werde angeführt, dass die XXXX die mitbeteiligte Partei beauftragt habe, Beratungs- und Besprechungstermine mit Kunden zu vereinbaren, wobei diese auf einen Datenpool zugreifen dürfe. Wie und über welche Kommunikationskanäle derartige Termine zustande kommen würden, obliege der mitbeteiligten Partei. Somit trage diese die alleinige Eigenverantwortung für den gegenständlichen Werbeanruf. Daran könne auch die angebliche Mitteilung des jeweiligen Anrufers bei jedem Werbeanruf, dass der Werbeanruf für die XXXX durchgeführt werde, nichts ändern.

Eine Einwilligungserklärung, die gegenüber der XXXX abgegeben worden sei, erlaube nicht, dass andere Firmen wie die mitbeteiligte Partei den Anzeigenleger 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 Anzeigenleger) 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 Anzeigenleger angezeigt worden.

Der Vollständigkeit halber müsse noch angeführt werden, dass der Anzeigenleger bei den Werbeanrufen, die er vor dem XXXX erhalten habe, immer ersucht habe, weitere Werbeanrufe zu unterlassen, wodurch er eine möglicherweise früher erteilte Einwilligungserklärung für den Erhalt von Werbeanrufen widerrufen habe und der verfahrensgegenständliche Werbeanruf ohne Einwilligung erfolgt sei.

4. Das Bundesverwaltungsgericht gab der mitbeteiligten 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 des Anzeigenlegers ein höherer Beweiswert zukomme, weil in der im gegenständlichen Verfahren vorgeworfenen Zeitspanne kein Telefonat mit diesem stattgefunden habe, andernfalls dies aus den Einzelgesprächsnachweisen 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.

Es sei aus Sicht der Beschwerdeführerin möglich und sogar naheliegend, dass sich der Anzeigenleger geirrt habe. Dazu sei ein Parallelverfahren anzusprechen, das zwischenzeitig eingestellt worden sei. Im Verfahren vor der belangten Behörde zur GZ. XXXX habe der Anzeigenleger der XXXX vorgeworfen, dass er am XXXX um XXXX Uhr einen Anruf zu Werbezwecken erhalten habe. Der Anruf solle über die Telefonnummer XXXX getätigt worden sein; dabei handle es sich jedoch um keine Telefonnummer dieser Firma. Möglicherweise habe der Anzeigenleger auch im vorliegenden Fall ein Gespräch mit einem Konkurrenzunternehmen fälschlicherweise der mitbeteiligten Partei zugeordnet.

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 Parteigehör vom XXXX vom Bundesverwaltungsgericht zur Kenntnis gebracht wurde.

Nach Auffassung der belangten Behörde komme den Aussagen des Anzeigenlegers ein höherer Beweiswert zu als den Aussagen der Beschwerdeführerin samt Einzelbindungsnachweisen, weil in einem Parallelverfahren (XXXX) die dortige Anzeigenlegerin auch einen Werbeanruf erhalten habe, bei dem die Telefonnummer XXXX aufgeschienen und ebenso wie dem Anzeigenleger 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.

Zum Vorbringen, dass sich der Anzeigenleger geirrt habe, weil schon ein anderes Verfahren bei der belangten Behörde eingestellt worden sei, werde angeführt, dass die beiden Strafverfahren getrennt betrachtet werden müssten. Bei dem Verfahren XXXX habe der Anzeigenleger am XXXX einen Werbeanruf, bei dem als Anrufnummer XXXX aufgeschienen sei, erhalten. Die Anruferin habe mitgeteilt, dass dieser bei einer Umfrage der XXXX mitgemacht habe und daher ein XXXX zugesendet bekomme. Durch die später durchgeführte Stammdatenanfrage sei hervorgekommen, dass die Rufnummer XXXX von einem Callcenter in XXXX genutzt worden sei. Im Ermittlungsverfahren habe sich die Annahme, dass die XXXX das Callcenter für die Durchführung ihrer Werbeanrufe beauftragt habe, nicht bestätigt, weshalb das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG im Zweifel eingestellt werden habe müssen. Auch in diesem Verfahren seien die Angaben des Anzeigenlegers sehr glaubwürdig gewesen.

9. Das Bundesverwaltungsgericht brachte der Beschwerdeführerin und der mitbeteiligten Partei die Stellungnahme der belangten Behörde vom XXXX mit Schreiben vom XXXX zur Kenntnis.

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 XXXX 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. Am XXXX gegen XXXX erfolgte von der Rufnummer XXXX ein Anruf zu Werbezwecken an den vom Anzeigenleger genutzten Telefonanschluss XXXX. Die Anruferin stellte sich als „XXXX“ vor und wollte dem Anzeigenleger ein Paket mit einem XXXX schicken, was dieser aber ablehnte. Am Ende des Gespräches erfolgte keine Frage danach, ob eine weitere Kontaktaufnahme erwünscht sei.

1.5. Eine Einwilligung des Anzeigenlegers zum Erhalt von Werbeanrufen der XXXX oder der mitbeteiligten Partei lag nicht vor.

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

1.7. Der Anzeigenleger erhielt schon vor dem Anruf am XXXX über einen längeren Zeitraum mehrere Telefonate der mitbeteiligten Partei betreffend Angebote von Produkten der XXXX. Bei den vorangegangenen Kontaktaufnahmen äußerte der Anzeigenleger wiederholt den Wunsch, keine weiteren Werbeanrufe erhalten zu wollen.

1.8. Die Kontaktdaten des Anzeigenlegers 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 ff). 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 Beschwerdeausführungen (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 Kontrollsystem 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 Kontrollsystem 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. Gleiches passiert vice-versa, wenn bei der XXXX eine Sperre erfolgt. [...] BehV: Die Datenbank, die der wVP von der 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 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 kontrollsystemähnlich, wie sich Mitarbeiter am Telefon verhalten, gibt es hier Vorkehrungen? 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 Zeitdauer, 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 Feststellungen zum von der mitbeteiligten Partei getätigten Werbeanruf stützen sich auf die glaubhaften Angaben des Anzeigenlegers, der in seiner Anzeige vom XXXX, in seinen E-Mails vom XXXX sowie XXXX und in der Beschwerdeverhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht übereinstimmend angab, sich sicher zu sein, zum angegebenen Zeitpunkt von der mitbeteiligten Partei kontaktiert worden zu sein („[...] RI: Weshalb sind Sie sich sicher, dass der Anruf zum angeführten Zeitpunkt stattgefunden hat? Z3: Ja, ich habe das von der Anrufliste herausgesucht, wann der Anruf war. [...] BehV: Sie haben per E-Mail am XXXX um XXXX Uhr geschrieben, vom letzten Anruf wissen Sie ganz genau, vom XXXX. Können Sie ausschließen, dass Sie sich geirrt haben, nachdem es XXXX Tage später war? Z3: Ich hatte vorher schon Anrufe gehabt, da habe ich aber die Anruflisten am Telefon gelöscht. Dann haben Sie mir gesagt, dass ich alles genau protokollieren soll. Ab dem Zeitpunkt habe ich das gemacht. Daher bin ich mir beim letzten Anruf sicher. Mich hat es verwundert, dass es immer verschiedene Telefonnummern waren. RV: Es geht hier um den Anruf vom XXXX, gegen XXXX Uhr, es geht nicht um die anderen Anrufe. Jetzt haben Sie gerade Ihre E-Mail an XXXX gesehen, mit 6 verschiedenen Telefonnummern. Können Sie ausschließen, dass dieser Werbeanruf gegen XXXX Uhr von einer der anderen Nummern erfolgt ist, die in der E-Mail aufgelistet sind? Z3: Wenn ich da die Zeit dazugeschrieben habe, war ich mir ziemlich sicher. Z3: Ja, da bin ich mir sicher. [...] RV: In dieser E-Mail steht keine Uhrzeit dabei. Es steht darin die Telefonnummer mit dem Datum XXXX. Kann es sein, dass der Anruf schon am XXXX stattfand, aber vielleicht zu einer anderen Uhrzeit, z.B. Vormittag oder Nachmittag? Z3: Vormittag war es sicher nicht, aber an die genaue Uhrzeit kann ich mich nach einem Jahr nicht erinnern. Aber ich habe das damals dem BehV geschickt, weil ich mir damals sicher war. BehV: Aufgrund der Anzeige von Z3 vom XXXX hat meine Kollegin eine Nachfrage gemacht, die Uhrzeit mitzuteilen. Der Z3 hat dann am XXXX mit E-Mail XXXX der Fernmeldebehörde mitgeteilt: ‚Nur beim letzten Anruf [...] war die Anrufzeit ca. um XXXX Uhr.‘ RV: Kann es sein, dass dieses Gespräch, das Sie uns schildern, zu einem anderen Zeitpunkt stattgefunden hat, nachdem hier sechs verschiedene Telefonnummern angegeben sind? Z3: Nein, ich habe mir die Telefonnummer aufgeschrieben und das protokolliert. Der BehV hat gesagt, dass ich mir ab dem Zeitpunkt alle Nummern aufschreiben soll, wann die Anrufe stattfinden, und das habe ich dann gemacht. Ich gehe davon aus, wenn ich sage, dass ich daran nicht interessiert bin, dass ich dann unter einer anderen Nummer nicht wieder angerufen werde. [...]“; Verhandlungsprotokoll, Seiten 22 ff), und den konkreten Inhalt des Gespräches wiedergeben konnte („[...] RI: Was war der Inhalt dieses Telefongesprächs? Z3: Die Dame hat sich vorgestellt als XXXX und ob ich die Firma kenne, über XXXX und so, XXXX. Ich habe das verneint, und bei jedem Gespräch hat sie gesagt, wir schicken Ihnen ein XXXX zu, und ich habe gesagt, dass ich das nicht brauche. Dann habe ich das Gespräch beendet. [...] RV: Was war der Inhalt des Telefonates um XXXX Uhr? Z3: ‚Die XXXX, Sie haben sicher schon von uns gehört.‘ Dann hat sie wieder von ihren Schlafprogrammen erzählt und dass sie ein XXXX schicken möchte. [...]“; Verhandlungsprotokoll, Seiten 22 und 24).

Die Ausführungen des Anzeigenlegers können nicht durch den Einwand der Beschwerdeführerin, dass der

Anzeigenleger womöglich einen Anruf eines Konkurrenzunternehmens, das sich auf die XXXX bezogen habe (zum Beweis dafür wurden Beschwerdemails von Kunden zur Vorlage gebracht), fälschlicherweise der mitbeteiligten Partei zuordne, in Zweifel gezogen werden. Auf dem Display bzw. in der Anrufliste des Anzeigenlegers wurde gemäß seiner unzweifelhaften Aussage die Telefonnummer der mitbeteiligten Partei (XXXX) angezeigt, die dieser später der belangten Behörde weiterleitete. Es ist für das Bundesverwaltungsgericht nicht nachvollziehbar, weshalb ein Konkurrenzunternehmen mit der Rufnummer der mitbeteiligten Partei anrufen sollte, zumal – wie schon XXXX in der mündlichen Verhandlung ausführte (Verhandlungsprotokoll, Seite 13 f) – eine solche Vorgehensweise für den Mitstreiter kontraproduktiv wäre, weil jeder Rückruf eines/r Interessenten/in wieder an die mitbeteiligte Partei bzw. die XXXX (und nicht an das Konkurrenzunternehmen) erfolgen würde.

Soweit die Beschwerdeführerin die Glaubwürdigkeit des Anzeigenlegers auch mit der Behauptung zu erschüttern versucht, dass er schon einmal die XXXX zu Unrecht eines Werbeanrufes bezichtigt habe, wird dem entgegengebracht, dass das vor der belangten Behörde zur GZ. XXXX geführte Verfahren nicht deshalb eingestellt wurde, weil der Anzeigenleger Unwahrheiten verbreitete (im Gegenteil wurde ihm sogar geglaubt, dass sich der damalige Anrufer als „ XXXX “ vorstellte), sondern, weil eine anschließend durchgeführte Stammdatenanfrage zur vom Anzeigenleger bekannt gegebenen Rufnummer ergab, dass diese von einem Callcenter XXXX genutzt wurde. Im Ermittlungsverfahren konnte die Annahme, dass die XXXX das Callcenter beauftragt habe, nicht bestätigt werden, weshalb das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG im Zweifel eingestellt werden musste.

Die Beschwerdeführerin brachte schließlich mehrmals vor, dass der verfahrensgegenständliche Anruf zum angeführten Zeitpunkt – wie die zwei vorgebrachten Einzelgesprächsnachweise der XXXX , in denen das Gespräch nicht aufscheine, zeigen würden – gar nicht stattgefunden haben könne. Zwar ist der Beschwerdeführerin beizupflichten, dass mittels Einzelverbindungenachweisen nachgewiesen werden konnte, dass kein Werbeanruf an den Anzeigenleger über das Netz der XXXX durchgeführt wurde. Es kann dadurch aber nicht ausgeschlossen werden, dass dieser Anruf über einen anderen, eventuell auch ausländischen, Netzbetreiber vorgenommen wurde. Wie XXXX u.a. auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht detailliert und nachvollziehbar vortrug, ist es technisch möglich (wenn auch untersagt), die von der XXXX bereitgestellte Telefonnummer auf dem Display des Anzeigenlegers aufscheinen zu lassen, obwohl der Anruf von dem Netz eines anderen Netzprovider durchgeführt wird („[...] RI: D.h. es können keine Anrufe auch außerhalb des Anrufsystems der XXXX durchgeführt werden, wo als Anrufnummer die Telefonnummer XXXX angezeigt wird? Z2: Ich habe das damals vor dem Fernmeldebüro versucht auszuführen, es ist technisch denkbar, aber in Österreich verboten, das so zu machen. RI: Können Sie ausschließen, dass die wVP die Anrufe an den Z3 und an die Z4 von der Rufnummer eines weiteren Netzproviders getätigt hat? Z2: Unmöglich, ich kann das nicht ausschließen. Woher sollte ich das wissen? [...] RV: Sie haben bisher ausgesagt, dass Sie nicht ausschließen können, dass ein anderer Betreiber unter den verfahrensgegenständlichen Nummern Anrufe durchführt. Ist es wirklich wahrscheinlich bzw. praxisnah, dass so etwas erfolgt? Z2: System hat das in Österreich nicht, ein derartiges Verhalten. Das würde über kurz oder lang zu Beschwerden führen, wo wir letztlich mitbekommen würden, dass unsere Nummern ohne unser Wissen genützt würden, und dahingehend ist mir gar kein Fall bekannt. RV: Jetzt stehen Sie seit XXXX Jahren in Vertragskontakt mit der wVP. Gab es irgendwelche Anhaltspunkte für so ein Verhalten seitens der wVP? Z2: Kein mir bekanntes. BehV: Wenn das ein ausländischer Erbringer ist, bekommen Sie das überhaupt mit? Z2: Indirekt, wenn es betrügerisch wäre und Endkunden sich bei deren Betreiber beschwerten, melden diese Betreiber uns das im Normalfall. BehV: Das heißt, da müssten Sie von der wVP verständigt werden? Z2: Nein, von z.B. der XXXX . BehV: Wenn jemand, zum Beispiel die wVP, einen Netzbetreiber in der XXXX beauftragt, Anrufe durchzuführen, wo die verfahrensgegenständliche Nummer angezeigt wird und Rückrufe an diese Nummer erfolgen, bekommt die XXXX das überhaupt mit? Z2: Nicht unmittelbar, aber indirekt schon. Indirekt, weil, wenn so etwas verwendet wird, hat dies für gewöhnlich einen betrügerischen Hintergrund, und dies würde uns der Mobilfunkbetreiber melden. Dies ist im konkreten Fall mit der wVP noch nicht passiert. BehV: Aus unserer Erfahrung wäre dies sehr praxisfern, normalerweise melden sich belästigte Personen beim Fernmeldebüro. Zusammenfassend ist es also so: Wenn jemand z.B. in der XXXX beauftragt werden würde und dann ein Kunde zurückruft, gäbe es also im System der XXXX keinen ausgehenden Anruf, sondern nur einen eingehenden Anruf. Dies würde aber nicht weiter auffallen. Z2: Ja, das ist so. [...]“; Verhandlungsprotokoll, Seiten 17 ff).

Zum Beleg dafür, dass sich die mitbeteiligte Partei keines weiteren Providers neben der XXXX bediene, wurden von der Beschwerdeführerin Auszüge aus ihrem Buchhaltungssystem („Telefongebühren“) präsentiert; diese Unterlagen

beweisen jedoch nicht, dass nicht auch Zahlungen an einen anderen Netzanbieter über andere (unter Umständen auch ausländische) Konten erfolgen. Auch die Ausführungen in der Eidesstattlichen Erklärung vom XXXX können vor dem Hintergrund der plausiblen und schlüssigen Aussagen des Anzeigenlegers im gesamten Verfahren nur als bloße „Schutzbehauptung“ gewertet werden. Insbesondere hinterließ der Anzeigenleger in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht einen sehr glaubwürdigen Eindruck und beantwortete die an ihn gerichteten Fragen plausibel und konsistent; seinen Angaben kam daher ein übergeordneter Beweiswert zu.

Dass am Ende des Gespräches mit dem Anzeigenleger nicht nachgefragt wurde, ob er weiterhin eine Kontaktaufnahme möchte, berichtete dieser überzeugend in der Beschwerdeverhandlung („[...] RI: Hat man Sie am Ende des Gespräches gefragt, ob Sie weiterhin eine Kontaktaufnahme möchten? Z3: Nein. [...]“; Verhandlungsprotokoll, Seite 22). Auch die Zeugin XXXX erzählte unabhängig vom Anzeigenleger, bei Kontaktaufnahmen durch die „XXXX“ nicht danach gefragt worden zu sein („[...] 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 28).

2.5. Feststellungen unter Pkt. II.1.5.

Die Feststellungen zur fehlenden Einwilligung gegenüber der XXXX fußen auf den diesbezüglichen glaubhaften Aussagen des Anzeigenlegers, der sowohl im behördlichen Verfahren, als auch vor dem Bundesverwaltungsgericht durchgängig und überzeugend verneinte, diesem Unternehmen jemals eine Einwilligung zum Erhalt von Werbeanrufen erteilt zu haben („[...] RI: Haben Sie jemals zugestimmt, solche Anrufe von der XXXX zu erhalten? Z3: Nein. RI: Können Sie sich erklären, wie die XXXX zu Ihrer Telefonnummer gekommen ist? Z3: Nein. RI: In der Beschwerde der BF wird vorgebracht, Sie hätten XXXX eine Einwilligung gegenüber der XXXX erteilt. Können Sie sich daran erinnern? Z3: Nein, daran kann ich mich nicht erinnern. Ich habe dort nie etwas gekauft und habe auch kein Interesse daran gehabt. [...]“; Verhandlungsprotokoll, Seiten 22 f).

Zwar wurde in der Beschwerde vorgebracht, der Anzeigenleger habe XXXX eine Einwilligung erteilt, die von der XXXX vermerkt und verwaltet worden sei; es wurden aber keine näheren Angaben von der Beschwerdeführerin dazu getätigt, auf welchem Weg diese gegeben wurde, oder entsprechende adäquate Nachweise dafür erbracht (etwa die Vorlage einer Einwilligungserklärung wie bei der Zeugin XXXX). Auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht konnte XXXX dazu keine Angaben machen („[...] RI: Können Sie Angaben dazu machen, aus welchem Grund Z3 und Z4 als Interessenten hinterlegt waren? Z1: [...] Bei Z3, da bin ich mir nicht sicher, denn soweit ich weiß, haben wir mit dem gar nicht gesprochen. [...]“; Verhandlungsprotokoll, Seite 10).

Aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes kommt den Angaben des Anzeigenlegers auch vor dem Hintergrund, dass die mitbeteiligte Part

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at