

TE Bvwg Erkenntnis 2016/6/29 W120 2107562-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.06.2016

Entscheidungsdatum

29.06.2016

Norm

B-VG Art.133 Abs4

TKG 2003 §107 Abs1

TKG 2003 §109 Abs4 Z8

TKG 2003 §113 Abs5a

VStG 1950 §19

VStG 1950 §5 Abs1

VStG 1950 §64

VStG 1950 §9 Abs1

VStG 1950 §9 Abs2

VStG 1950 §9 Abs7

VwGVG §17

VwGVG §38

VwGVG §42

VwGVG §50

VwGVG §52 Abs1

VwGVG §52 Abs2

VwGVG §52 Abs6

1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
-
1. TKG 2003 § 107 gültig von 01.12.2018 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021

2. TKG 2003 § 107 gültig von 22.11.2011 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
3. TKG 2003 § 107 gültig von 29.04.2011 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 23/2011
4. TKG 2003 § 107 gültig von 01.03.2006 bis 28.04.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2005
5. TKG 2003 § 107 gültig von 20.08.2003 bis 28.02.2006

1. TKG 2003 § 109 gültig von 01.01.2021 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
2. TKG 2003 § 109 gültig von 22.03.2020 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 16/2020
3. TKG 2003 § 109 gültig von 01.01.2020 bis 15.03.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
4. TKG 2003 § 109 gültig von 01.01.2019 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
5. TKG 2003 § 109 gültig von 01.01.2019 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 29/2018
6. TKG 2003 § 109 gültig von 01.12.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
7. TKG 2003 § 109 gültig von 01.06.2018 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 27/2018
8. TKG 2003 § 109 gültig von 27.11.2015 bis 31.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 134/2015
9. TKG 2003 § 109 gültig von 01.07.2014 bis 26.11.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 44/2014
10. TKG 2003 § 109 gültig von 22.11.2011 bis 30.06.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
11. TKG 2003 § 109 gültig von 19.05.2011 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 27/2011
12. TKG 2003 § 109 gültig von 29.04.2011 bis 18.05.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 23/2011
13. TKG 2003 § 109 gültig von 16.07.2009 bis 28.04.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
14. TKG 2003 § 109 gültig von 01.03.2006 bis 15.07.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2005
15. TKG 2003 § 109 gültig von 20.08.2003 bis 28.02.2006

1. TKG 2003 § 113 gültig von 01.01.2020 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021
2. TKG 2003 § 113 gültig von 01.12.2018 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018
3. TKG 2003 § 113 gültig von 01.01.2014 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 96/2013
4. TKG 2003 § 113 gültig von 22.11.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011
5. TKG 2003 § 113 gültig von 16.07.2009 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2009
6. TKG 2003 § 113 gültig von 20.08.2003 bis 15.07.2009

1. VStG 1950 § 19 gültig von 01.03.1978 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

1. VStG 1950 § 5 gültig von 01.07.1988 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
2. VStG 1950 § 5 gültig von 01.09.1950 bis 30.06.1988

1. VStG 1950 § 64 gültig von 01.01.1991 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991
2. VStG 1950 § 64 gültig von 01.07.1988 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 516/1987
3. VStG 1950 § 64 gültig von 01.01.1965 bis 30.06.1988 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 275/1964

1. VStG 1950 § 9 gültig von 01.04.1983 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

1. VStG 1950 § 9 gültig von 01.04.1983 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

1. VStG 1950 § 9 gültig von 01.04.1983 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

1. VwGVG § 17 heute
2. VwGVG § 17 gültig ab 01.01.2014

1. VwGVG § 38 heute
2. VwGVG § 38 gültig ab 01.01.2014

1. VwGVG § 42 heute
2. VwGVG § 42 gültig ab 01.01.2014

1. VwGVG § 50 heute
2. VwGVG § 50 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 50 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 50 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 52 heute
2. VwGVG § 52 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 52 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2018

1. VwGVG § 52 heute
 2. VwGVG § 52 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
 3. VwGVG § 52 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2018
-
1. VwGVG § 52 heute
 2. VwGVG § 52 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
 3. VwGVG § 52 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2018

Spruch

W120 2107072-1/6E

W120 2107562-1/6E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Dr. Christian EISNER als Einzelrichter über die Beschwerde 1. des XXXX als zur Vertretung der XXXX nach außen berufene Person und 2. der XXXX gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Oberösterreich und Salzburg vom 23.02.2015, ZI BMVIT-635.540/0505-III/FBL/2013, nach Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 03. und 04.05.2016 zu Recht: Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch den Richter Dr. Christian EISNER als Einzelrichter über die Beschwerde 1. des römisch 40 als zur Vertretung der römisch 40 nach außen berufene Person und 2. der römisch 40 gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Oberösterreich und Salzburg vom 23.02.2015, ZI BMVIT-635.540/0505-III/FBL/2013, nach Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 03. und 04.05.2016 zu Recht:

A)

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Spruch des angefochtenen Bescheides dahingehend abgeändert, dass zwischen den Wortfolgen "Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen" und "Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe" die Wortfolge "58,- Euro" aufzunehmen ist. römisch eins. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Spruch des angefochtenen Bescheides dahingehend abgeändert, dass zwischen den Wortfolgen "Ferner haben Sie gemäß Paragraph 64, des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen" und "Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe" die Wortfolge "58,- Euro" aufzunehmen ist.

II. Im Übrigen werden die Beschwerden gemäß § 50 VwGVG iVm § 107 Abs. 1 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 102/2011 iVm § 109 Abs. 4 Z 8 TKG 2003 idF BGBl. I Nr. 44/2014 als unbegründet abgewiesen. römisch zwei. Im Übrigen werden die Beschwerden gemäß Paragraph 50, VwGVG in Verbindung mit Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 102 aus 2011, in Verbindung mit Paragraph 109, Absatz 4, Ziffer 8, TKG 2003 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 44 aus 2014, als unbegründet abgewiesen.

III. Gemäß § 52 Abs. 1, 2 und 6 VwGVG haben die Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von EUR 116,-- binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu leisten. römisch drei. Gemäß Paragraph 52, Absatz eins, 2 und 6 VwGVG haben die Beschwerdeführer einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von EUR 116,-- binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu leisten.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis entschied die belangte Behörde, der Erstbeschwerdeführer habe als Geschäftsführer der zweitbeschwerdeführenden Partei und "somit als deren gemäß § 9 Abs. 1 VStG 1991 idGF Verantwortlicher dafür einzustehen, dass eine Person in Ihrem Namen und in Ihrem Auftrag am 19.09.2013, um 11.50 Uhr unter Bekanntmachung der Telefonnummer XXXX einen Anruf zu Werbezwecken (Inhalt: Die Anruferin, die sich mit ,XXXX' vorstellte, bot dem Angerufenen einen 20% billigeren Tarif als bei der XXXX an.) zum Telefonanschluss XXXX getätigt hat, ohne dass der Inhaber des Anschlusses, Herr XXXX, noch sonst von diesem zur Benützung seines

Anschlusses ermächtigten Person dem angeführten Anruf zugestimmt haben."1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis entschied die belangte Behörde, der Erstbeschwerdeführer habe als Geschäftsführer der zweitbeschwerdeführenden Partei und "somit als deren gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG 1991 idgF Verantwortlicher dafür einzustehen, dass eine Person in Ihrem Namen und in Ihrem Auftrag am 19.09.2013, um 11.50 Uhr unter Bekanntmachung der Telefonnummer römisch 40 einen Anruf zu Werbezwecken (Inhalt: Die Anruferin, die sich mit ,XXXX' vorstellte, bot dem Angerufenen einen 20% billigeren Tarif als bei der römisch 40 an.) zum Telefonanschluss römisch 40 getätigt hat, ohne dass der Inhaber des Anschlusses, Herr römisch 40 , noch sonst von diesem zur Benützung seines Anschlusses ermächtigten Person dem angeführten Anruf zugestimmt haben."

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Erstbeschwerdeführer gemäß § 109 Abs. 4 Z 8 TKG 2003 eine Geldstrafe von EUR 580,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 80 Stunden) verhängt. Weiters wurde ausgesprochen, dass die zweitbeschwerdeführende Partei für die verhängte Geldstrafe gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand hafte. Darüber hinaus wurde festgehalten: Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Erstbeschwerdeführer gemäß Paragraph 109, Absatz 4, Ziffer 8, TKG 2003 eine Geldstrafe von EUR 580,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 80 Stunden) verhängt. Weiters wurde ausgesprochen, dass die zweitbeschwerdeführende Partei für die verhängte Geldstrafe gemäß Paragraph 9, Absatz 7, VStG zur ungeteilten Hand hafte. Darüber hinaus wurde festgehalten:

"Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen!" Ferner haben Sie gemäß Paragraph 64, des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

* Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe

* Euro als Ersatz der Barauslagen für

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

638,- Euro."

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

2.1. In seiner Rechtfertigung vom 10.12.2013 (die Aufforderung zur Rechtfertigung sei den beiden Verfahrensparteien am 27.11.2013 zugestellt worden) habe der Erstbeschwerdeführer im Wesentlichen vorgebracht, dass dieser die vorgeworfene Übertretung nicht begangen habe, da eine wirksame Einwilligung iSd § 107 TKG 2003 vorliege. Der Teilnehmer habe seine vorherige Zustimmung zum Anruf im Zuge der Teilnahme an einem Gewinnspiel unter www.XXXX.at erteilt. Um am Gewinnspiel teilnehmen zu können, habe der Teilnehmer die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der zweitbeschwerdeführenden Partei akzeptieren müssen; er sei daher einverstanden gewesen, dass seine persönlichen Daten zu Werbezwecken verwendet werden würden. Um Neukunden zu werben, bediene sich die zweitbeschwerdeführende Partei unter anderem dem Telefonmarketing. Zu diesem Zweck kaufe der Erstbeschwerdeführer Adressdaten von Adresshändlern in der Schweiz, nämlich von der XXXX. Diese sei vertraglich dazu verpflichtet, ausschließlich Opt-In-erhobene Adressen zu liefern, wobei die Auftragsbestätigung der XXXX vorgelegt worden sei. Die Adresshändler würden sich mit jeder Auftragsbestätigung verpflichten, ausschließlich Opt-In-erhobene Adressen zu liefern. 2.1. In seiner Rechtfertigung vom 10.12.2013 (die Aufforderung zur Rechtfertigung sei den beiden Verfahrensparteien am 27.11.2013 zugestellt worden) habe der Erstbeschwerdeführer im Wesentlichen vorgebracht, dass dieser die vorgeworfene Übertretung nicht begangen habe, da eine wirksame Einwilligung iSd Paragraph 107, TKG 2003 vorliege. Der Teilnehmer habe seine vorherige Zustimmung zum Anruf im Zuge der Teilnahme an einem Gewinnspiel unter www.XXXX.at erteilt. Um am Gewinnspiel teilnehmen zu können, habe der Teilnehmer die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der zweitbeschwerdeführenden Partei akzeptieren müssen; er sei daher einverstanden gewesen, dass seine persönlichen Daten zu Werbezwecken verwendet werden würden. Um Neukunden zu werben, bediene sich die zweitbeschwerdeführende Partei unter anderem dem Telefonmarketing. Zu diesem Zweck kaufe der Erstbeschwerdeführer Adressdaten von Adresshändlern in der Schweiz, nämlich von der römisch 40 . Diese sei vertraglich dazu verpflichtet, ausschließlich Opt-In-erhobene Adressen zu liefern, wobei die Auftragsbestätigung der römisch 40 vorgelegt worden sei. Die Adresshändler würden sich mit jeder Auftragsbestätigung verpflichten, ausschließlich Opt-In-erhobene Adressen zu liefern.

Am 21.12.2013 habe der Teilnehmer dazu mitgeteilt, dass er sich an eine Teilnahme an einem Gewinnspiel von "XXXX" nach zwei Jahren nicht mehr erinnern könne. Es erscheine ihm allerdings unglaublich, da er grundsätzlich nur äußerst selten an Gewinnspielen im Internet teilnehme. Die Verwendung seiner Daten zu Werbezwecken lehne er

immer ab. XXXX habe er nie in irgendeiner Weise benutzt, wobei er sich auch nicht vorstellen könne, wie eine derartige Benützung von seinem XXXX-Anschluss aus vor sich gehen hätte können. Eine ähnliche IP-Adresse scheine allerdings in einem Antwortschreiben auf ein E-Mail von XXXX vom 15.12.2011 auf. Er habe den E-Mail-Verkehr vom 13.12.2011 noch gespeichert, wobei dort kein Bestätigungs-E-Mail von "XXXX" aufscheine. Auch die folgende Woche bis 18.12.2011 zeige keinen entsprechenden E-Mail-Verkehr. Er könne sich auch nicht erinnern, dass ein Bestätigungsanruf bei ihm eingegangen sei. Werbeanrufe würden von ihm und seiner Gattin kurz und bündig abgelehnt werden. Den verfahrensgegenständlichen Werbeanruf habe er nur deswegen angehört, weil er durch die undeutliche Meldung der Anruferin nicht gewusst habe, ob es sich um einen Anruf der XXXX handle. Ihn hätten dann einfach die Angaben der Anruferin und ihr Wissen über seine Telefongewohnheiten interessiert. Am 21.12.2013 habe der Teilnehmer dazu mitgeteilt, dass er sich an eine Teilnahme an einem Gewinnspiel von "XXXX" nach zwei Jahren nicht mehr erinnern könne. Es erscheine ihm allerdings unglaublich, da er grundsätzlich nur äußerst selten an Gewinnspielen im Internet teilnehme. Die Verwendung seiner Daten zu Werbezwecken lehne er immer ab. römisch 40 habe er nie in irgendeiner Weise benutzt, wobei er sich auch nicht vorstellen könne, wie eine derartige Benützung von seinem XXXX-Anschluss aus vor sich gehen hätte können. Eine ähnliche IP-Adresse scheine allerdings in einem Antwortschreiben auf ein E-Mail von römisch 40 vom 15.12.2011 auf. Er habe den E-Mail-Verkehr vom 13.12.2011 noch gespeichert, wobei dort kein Bestätigungs-E-Mail von "XXXX" aufscheine. Auch die folgende Woche bis 18.12.2011 zeige keinen entsprechenden E-Mail-Verkehr. Er könne sich auch nicht erinnern, dass ein Bestätigungsanruf bei ihm eingegangen sei. Werbeanrufe würden von ihm und seiner Gattin kurz und bündig abgelehnt werden. Den verfahrensgegenständlichen Werbeanruf habe er nur deswegen angehört, weil er durch die undeutliche Meldung der Anruferin nicht gewusst habe, ob es sich um einen Anruf der römisch 40 handle. Ihn hätten dann einfach die Angaben der Anruferin und ihr Wissen über seine Telefongewohnheiten interessiert.

Der Erstbeschwerdeführer habe zu diesen Angaben am 14.03.2014 eine Vereinbarung zwischen der zweitbeschwerdeführenden Partei und der XXXX vom 19.04.2011 vorgelegt. Darin habe sich die XXXX verpflichtet, ausschließlich Datensätze zu liefern, für die eine dem TKG 2003 entsprechende Zustimmungserklärung (Opt-In) vorliege. Die zweitbeschwerdeführende Partei könne die Herausgabe der Opt-Ins bis 12 Monate nach der Lieferung verlangen. Die XXXX hafte für Schäden bis EUR 2.000,-, die die zweitbeschwerdeführende Partei aufgrund fehlender Opt-Ins erleide. Die Haftung bestehe auch, wenn die Rechtsgültigkeit von Opt-Ins in verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahren angezweifelt werde. Der Erstbeschwerdeführer habe zu diesen Angaben am 14.03.2014 eine Vereinbarung zwischen der zweitbeschwerdeführenden Partei und der römisch 40 vom 19.04.2011 vorgelegt. Darin habe sich die römisch 40 verpflichtet, ausschließlich Datensätze zu liefern, für die eine dem TKG 2003 entsprechende Zustimmungserklärung (Opt-In) vorliege. Die zweitbeschwerdeführende Partei könne die Herausgabe der Opt-Ins bis 12 Monate nach der Lieferung verlangen. Die römisch 40 hafte für Schäden bis EUR 2.000,-, die die zweitbeschwerdeführende Partei aufgrund fehlender Opt-Ins erleide. Die Haftung bestehe auch, wenn die Rechtsgültigkeit von Opt-Ins in verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahren angezweifelt werde.

2.2. Aufgrund der glaubwürdigen Aussagen des Teilnehmers gehe die belangte Behörde davon aus, dass der Teilnehmer niemals eine gesetzeskonforme Zustimmung zum Erhalt von Werbeanrufen der zweitbeschwerdeführenden Partei erteilt habe. Der Erstbeschwerdeführer habe jedenfalls sicherzustellen, dass die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften, insbesondere die Bestimmung nach § 107 Abs. 1 TKG, eingehalten werden würden. So hätte er eine einem Unternehmer zumutbare Sorgfalt aufwenden müssen, um sicherzustellen, dass beim Zukauf von Adressen, von welchen er genau gewusst habe, dass diese von Online-Gewinnspielen stammen würden, stichprobenartig überprüfen müssen, ob die abgespeicherten Personen tatsächlich eine Zustimmung zum Erhalt von Werbeanrufen bzw. -E-Mails abgegeben hätten. Derartige ohne vorherige Zustimmung getätigte Anrufe zu Werbezwecken würden das damit verbundene noch zumutbare Maß der Belästigung überschreiten und in die Individualsphäre des Benützers eingreifen. 2.2. Aufgrund der glaubwürdigen Aussagen des Teilnehmers gehe die belangte Behörde davon aus, dass der Teilnehmer niemals eine gesetzeskonforme Zustimmung zum Erhalt von Werbeanrufen der zweitbeschwerdeführenden Partei erteilt habe. Der Erstbeschwerdeführer habe jedenfalls sicherzustellen, dass die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften, insbesondere die Bestimmung nach Paragraph 107, Absatz eins, TKG, eingehalten werden würden. So hätte er eine einem Unternehmer zumutbare Sorgfalt aufwenden müssen, um sicherzustellen, dass beim Zukauf von Adressen, von welchen er genau gewusst habe, dass diese von Online-Gewinnspielen stammen würden, stichprobenartig überprüfen müssen, ob die abgespeicherten

Personen tatsächlich eine Zustimmung zum Erhalt von Werbeanrufen bzw. -E-Mails abgegeben hätten. Derartige ohne vorherige Zustimmung getätigte Anrufe zu Werbezwecken würden das damit verbundene noch zumutbare Maß der Belästigung überschreiten und in die Individualsphäre des Benützers eingreifen.

Über den Erstbeschwerdeführer sei unter Berücksichtigung der Strafbemessungsregeln des § 19 VStG daher eine Geldstrafe nach "§ 109 Abs. 1 Z 5 TKG 2003" zu verhängen. Der Unrechtsgehalt der dem Erstbeschwerdeführer angelasteten Verwaltungsübertretung sei durchaus erheblich. Die von ihm übertretene Norm diene insbesondere dem Schutz der Empfänger gegen unerwünschte und belästigende Werbeanrufe und Werbefaxe. Ein derartiges Schutzregime erweise sich schon deshalb als notwendig, weil die neuen Medien bzw. Kommunikationsmittel den Anbietern derartiger Leistungen einen relativ leichten Zugang zu den Empfängern ermöglichen würden. Der damit verbundene Eingriff in die Privatsphäre der Menschen solle tunlichst hintangehalten werden. Über den Erstbeschwerdeführer sei unter Berücksichtigung der Strafbemessungsregeln des Paragraph 19, VStG daher eine Geldstrafe nach "§ 109 Absatz eins, Ziffer 5, TKG 2003" zu verhängen. Der Unrechtsgehalt der dem Erstbeschwerdeführer angelasteten Verwaltungsübertretung sei durchaus erheblich. Die von ihm übertretene Norm diene insbesondere dem Schutz der Empfänger gegen unerwünschte und belästigende Werbeanrufe und Werbefaxe. Ein derartiges Schutzregime erweise sich schon deshalb als notwendig, weil die neuen Medien bzw. Kommunikationsmittel den Anbietern derartiger Leistungen einen relativ leichten Zugang zu den Empfängern ermöglichen würden. Der damit verbundene Eingriff in die Privatsphäre der Menschen solle tunlichst hintangehalten werden.

Hinsichtlich der subjektiven Tatseite sei festzuhalten, dass es sich bei der Übertretung nach § 107 TKG um ein sogenanntes Ungehorsamsdelikt handle. Das bedeute, dass der Erstbeschwerdeführer initiativ alles darzulegen habe, was für seine Entlastung spreche. Der Erstbeschwerdeführer habe kein Vorbringen erstattet, welches sein Verschulden ausschließen würde. Daran könnten auch seine umfangreichen Äußerungen samt den vorgelegten Bestätigungen und Opt-Ins nichts ändern. Somit sei ihm zumindest fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen. Hinsichtlich der subjektiven Tatseite sei festzuhalten, dass es sich bei der Übertretung nach Paragraph 107, TKG um ein sogenanntes Ungehorsamsdelikt handle. Das bedeute, dass der Erstbeschwerdeführer initiativ alles darzulegen habe, was für seine Entlastung spreche. Der Erstbeschwerdeführer habe kein Vorbringen erstattet, welches sein Verschulden ausschließen würde. Daran könnten auch seine umfangreichen Äußerungen samt den vorgelegten Bestätigungen und Opt-Ins nichts ändern. Somit sei ihm zumindest fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen.

Bei der Strafbemessung sei kein Umstand erschwerend gewertet worden. Mildernd sei die Unbescholtenheit des Erstbeschwerdeführers bei der belangten Behörde berücksichtigt worden. Der Erstbeschwerdeführer habe keine Angaben bezüglich seiner Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse gemacht. Es seien daher durchschnittliche wirtschaftliche Verhältnisse eines Geschäftsführers angenommen worden. Unter Berücksichtigung der Ermittlungsergebnisse, der Strafandrohung, des Verschuldens und der mildernden und erschwerenden Umstände erscheine die verhängte Strafe als tat- und schuldangemessen und auch bei Vorliegen ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse mit 1 % des Strafhöchstbetrags als keinesfalls überhöht. Die Verhängung einer Geldstrafe in geringerer Höhe sei aus general- und spezialpräventiven Gründen nicht in Betracht gekommen. Der Gesetzgeber habe durch die TKG-Novelle BGBl. I Nr. 23/2011 die Höchststrafe für Werbeanrufe von EUR 37.000,-- auf 58.000,-- angehoben, damit ein Umdenken bei der Durchführung von Werbeanrufen, die eine massive Belästigung für die Bevölkerung darstellen würden, herbeigeführt werde. Bei der Strafbemessung sei kein Umstand erschwerend gewertet worden. Mildernd sei die Unbescholtenheit des Erstbeschwerdeführers bei der belangten Behörde berücksichtigt worden. Der Erstbeschwerdeführer habe keine Angaben bezüglich seiner Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse gemacht. Es seien daher durchschnittliche wirtschaftliche Verhältnisse eines Geschäftsführers angenommen worden. Unter Berücksichtigung der Ermittlungsergebnisse, der Strafandrohung, des Verschuldens und der mildernden und erschwerenden Umstände erscheine die verhängte Strafe als tat- und schuldangemessen und auch bei Vorliegen ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse mit 1 % des Strafhöchstbetrags als keinesfalls überhöht. Die Verhängung einer Geldstrafe in geringerer Höhe sei aus general- und spezialpräventiven Gründen nicht in Betracht gekommen. Der Gesetzgeber habe durch die TKG-Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 23 aus 2011, die Höchststrafe für Werbeanrufe von EUR 37.000,-- auf 58.000,-- angehoben, damit ein Umdenken bei der Durchführung von Werbeanrufen, die eine massive Belästigung für die Bevölkerung darstellen würden, herbeigeführt werde.

3. Gegen dieses Straferkenntnis erhoben die Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde, mit welcher das gesamte

Straferkenntnis in vollem Umfang wegen Rechtswidrigkeit, insbesondere wegen Vorliegens von Verfahrensmängeln, unrichtiger Feststellungen, unrichtiger rechtlicher Beurteilung und Rechtswidrigkeit des Inhalts, bekämpft werde. Die Beschwerdeführer erachten sich durch das angefochtene Straferkenntnis in ihren subjektiven sowie verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Rechtsicherheit bereits mehrfach geprüfter und ordnungsgemäßer Opt-Ins sowie jahrelanger gleich durchgeführter Vorgehensweise, welche durch die belangte Behörde stets geprüft und auch toleriert und als korrekt empfunden worden sei, faires Verfahren, Einhaltung der Gesetze sowie in ihrem Recht auf Durchführung von Telefonmarketing aufgrund ordnungsgemäß und gesetzesgemäß eingeholter Zustimmungen gemäß § 107 TKG 2003 (Opt-In) als verletzt. In der Beschwerde wurde im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:³. Gegen dieses Straferkenntnis erhoben die Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde, mit welcher das gesamte Straferkenntnis in vollem Umfang wegen Rechtswidrigkeit, insbesondere wegen Vorliegens von Verfahrensmängeln, unrichtiger Feststellungen, unrichtiger rechtlicher Beurteilung und Rechtswidrigkeit des Inhalts, bekämpft werde. Die Beschwerdeführer erachten sich durch das angefochtene Straferkenntnis in ihren subjektiven sowie verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten auf Rechtsicherheit bereits mehrfach geprüfter und ordnungsgemäßer Opt-Ins sowie jahrelanger gleich durchgeführter Vorgehensweise, welche durch die belangte Behörde stets geprüft und auch toleriert und als korrekt empfunden worden sei, faires Verfahren, Einhaltung der Gesetze sowie in ihrem Recht auf Durchführung von Telefonmarketing aufgrund ordnungsgemäß und gesetzesgemäß eingeholter Zustimmungen gemäß Paragraph 107, TKG 2003 (Opt-In) als verletzt. In der Beschwerde wurde im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

3.1. Zur Mangelhaftigkeit des Verfahrens:

3.1.1. Inhaltliche Rechtswidrigkeit bzw. Begründungsmängel:

3.1.1.1. Aus dem angefochtenen Straferkenntnis ergebe sich nicht, warum sich der zu zahlende Geldbetrag von EUR 580,- auf EUR 638,- erhöhe, zumal zwar auf § 64 VStG verwiesen, aber weder ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens noch eine Summe für den Ersatz der Barauslagen angeführt werde. Das Straferkenntnis sei daher bereits in diesem Punkt (Spruch) mit einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit bzw. mit einem Begründungsmangel behaftet. 3.1.1.1. Aus dem angefochtenen Straferkenntnis ergebe sich nicht, warum sich der zu zahlende Geldbetrag von EUR 580,- auf EUR 638,- erhöhe, zumal zwar auf Paragraph 64, VStG verwiesen, aber weder ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens noch eine Summe für den Ersatz der Barauslagen angeführt werde. Das Straferkenntnis sei daher bereits in diesem Punkt (Spruch) mit einer inhaltlichen Rechtswidrigkeit bzw. mit einem Begründungsmangel behaftet.

3.1.1.2. Das gegenständliche Straferkenntnis gehe zudem von Sachverhaltsfeststellungen aus, die entweder aktenwidrig seien, auf keinen Beweisergebnissen beruhen würden oder schlichtweg nur zu Ungunsten der Beschwerdeführer getroffen worden seien. Teilweise seien seitens der belangten Behörde sogar lediglich Vermutungen als Sachverhaltsfeststellungen dem Straferkenntnis zugrunde gelegt worden, was jeglichen Verfahrensregeln des Verwaltungsstrafverfahrens widerspreche.

3.1.1.3. Die belangte Behörde habe ua festgestellt, dass laut Aussage des Teilnehmers dieser nicht an dem angeführten Online-Gewinnspiel teilgenommen habe, weil er sich schlichtweg nicht mehr daran erinnern könne. Durch diese mangelnde Erinnerung sei der Umstand bestätigt worden, dass der Teilnehmer niemals eine IP-Adresse von XXXX benutzt habe. Abgesehen davon, dass eine durch den Teilnehmer selbst zugegebene mangelnde Erinnerung kein ausreichender Grund und vor allen Dingen kein Beweismittel sei, um eine strafrechtliche Verurteilung auszusprechen, gebe es überhaupt keinen Nachweis, dass der Anzeiger niemals eine IP-Adresse von XXXX benutzt habe. Es werde auf die ausführlichen Ausführungen zur Zuweisung von IP-Adressen verwiesen. Auch der Umstand, dass sich der Teilnehmer nicht vorstellen könne, wie eine Benützung einer derartigen zugewiesenen IP-Adresse von seinem XXXX-Anschluss vor sich gehen sollte, führe er selbst aus, dass eine ähnliche Adresse bei ihm anderswo so allerdings aufscheine. 3.1.1.3. Die belangte Behörde habe ua festgestellt, dass laut Aussage des Teilnehmers dieser nicht an dem angeführten Online-Gewinnspiel teilgenommen habe, weil er sich schlichtweg nicht mehr daran erinnern könne. Durch diese mangelnde Erinnerung sei der Umstand bestätigt worden, dass der Teilnehmer niemals eine IP-Adresse von römisch 40 benutzt habe. Abgesehen davon, dass eine durch den Teilnehmer selbst zugegebene mangelnde Erinnerung kein ausreichender Grund und vor allen Dingen kein Beweismittel sei, um eine strafrechtliche Verurteilung auszusprechen, gebe es überhaupt keinen Nachweis, dass der Anzeiger niemals eine IP-Adresse von römisch 40 benutzt habe. Es werde auf die ausführlichen Ausführungen zur Zuweisung von IP-Adressen verwiesen. Auch der

Umstand, dass sich der Teilnehmer nicht vorstellen könne, wie eine Benützung einer derartigen zugewiesenen IP-Adresse von seinem XXXX-Anschluss vor sich gehen sollte, führe er selbst aus, dass eine ähnliche Adresse bei ihm anderswo so allerdings aufscheine.

Zudem gebe der Teilnehmer zu, dass er öfter Werbeanrufe erhalte und diese sowohl von ihm als auch von seiner Frau kurz und bündig abgelehnt werden würden. Er und/oder seine Frau oder seine Familie müssten daher irgendwann einmal Daten angegeben und Werbeanrufen zugestimmt haben. Aufgrund des Umstandes, dass der Teilnehmer ein ehemaliger Mitarbeiter der XXXX sei, sei daher davon auszugehen, dass er grundsätzlich nur gegen die Konkurrenz seines ehemaligen Arbeitgebers vorgehen wolle. Dies sei allerdings ein unlauteres Motiv, welches keine Begründung für eine verwaltungsstrafrechtliche Verurteilung darstelle. Zudem gebe der Teilnehmer zu, dass er öfter Werbeanrufe erhalte und diese sowohl von ihm als auch von seiner Frau kurz und bündig abgelehnt werden würden. Er und/oder seine Frau oder seine Familie müssten daher irgendwann einmal Daten angegeben und Werbeanrufen zugestimmt haben. Aufgrund des Umstandes, dass der Teilnehmer ein ehemaliger Mitarbeiter der römisch 40 sei, sei daher davon auszugehen, dass er grundsätzlich nur gegen die Konkurrenz seines ehemaligen Arbeitgebers vorgehen wolle. Dies sei allerdings ein unlauteres Motiv, welches keine Begründung für eine verwaltungsstrafrechtliche Verurteilung darstelle.

Weiters habe die belangte Behörde auf Seite 4 des Straferkenntnisses festgestellt, dass die am vorgelegten Formular zur Gewinnspielanmeldung eingetragene IP-Adresse XXXX eine Adresse der XXXX darstelle. Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführer bereits in der ergänzenden Stellungnahme vom 14.03.2014 ausgeführt hätten, dass diese bezüglich der Zuordnung der einzelnen IP-Adressen keine Angaben machen könnten, da die Erhebung dieser Angaben alleine durch die externen Dienstleister erfolge und sich die Beschwerdeführer auf die korrekte Vorgehensweise dieser verlassen müssten, übersehe die belangte Behörde bei ihrer Nachfrage bei den entsprechenden Anzeigern (offenbar absichtlich?), dass die entsprechenden IP-Adressen, sofern sie nicht, wie manchmal bei Unternehmen, fix vergeben seien, bei Privatanschlüssen immer nur temporär zugewiesen seien. In der Regel ändere sich die IP-Adresse bei jedem Aufbau der Internetverbindung und könne somit auch der entsprechende private Nutzer nicht wissen oder gar festhalten, zu welchem Zeitpunkt er sich über welche ihm wahllos zugewiesene IP-Adresse einwähle bzw. eingewählt habe. Dies bedeute, dass üblicherweise bei jedem Aufbau einer Internetverbindung und somit bei jedem (neuerlichen) Einstieg in das Internet seitens des entsprechenden Providers wahllos, zufällig und im Nachhinein auch nicht mehr nachvollziehbar, IP-Adressen (meist) aus Österreich oder auch gar europa- oder weltweit vergeben und dem Endbenutzer zugewiesen werden würden. Dabei greife auch der Provider auf einen ganzen Pool von IP-Adressen zurück, die somit nicht von seinem Unternehmen oder dem tatsächlichen Internetanbieter des Endkunden stammen müssten. Damit lasse sich auch nachvollziehen, warum auf den entsprechenden Opt-Ins teilweise IP-Adressen angeführt seien, die weder örtlich (somit zum Beispiel nur aus Wien oder nur aus Tirol) noch unternehmerisch dem Provider bzw. Internetanbieter des entsprechenden Kunden direkt zugeordnet werden könnten. Gerade dieser Umstand sollte allerdings der belangten Behörde bekannt sein, zumal sich diese gerade mit diesen Angelegenheiten auch mehrfach beschäftige. Nichtsdestotrotz werde der Umstand, dass die Überprüfung der in den Opt-Ins angeführten IP-Adressen, insbesondere durch Nachfragen bei den Anzeigern, nur zum Nachteil der Beschwerdeführer ausgelegt. Es werde somit den Beschwerdeführern ein faktischer Umstand nachteilig angelastet, wiewohl diese darauf überhaupt keinen Einfluss hätten und die entsprechenden Erhebungen und Feststellungen der belangten Behörde offenbar nur den Zweck hätten, das Straferkenntnis zu untermauern sowie die vorliegende Einwilligung als nicht vorhanden bzw. nicht rechtskonform zu deklarieren. Die belangte Behörde übersehe dabei allerdings anzuführen, inwiefern die von ihr überprüfte und bei den Anzeigern nachgefragte IP-Adresse, die nicht durch den Endkunden gewählt werden könne, für das gegenständliche Straferkenntnis überhaupt relevant sein solle. Hinsichtlich dieser Ausführungen fehle jegliche Begründung im Straferkenntnis. Auch könne nur die gleichzeitige Überprüfung des konkreten timestamps im Zusammenhang mit der IP-Adresse zu einem Ergebnis führen. Diese Überprüfung habe die belangte Behörde jedoch unterlassen. Weiters habe die belangte Behörde auf Seite 4 des Straferkenntnisses festgestellt, dass die am vorgelegten Formular zur Gewinnspielanmeldung eingetragene IP-Adresse römisch 40 eine Adresse der römisch 40 darstelle. Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführer bereits in der ergänzenden Stellungnahme vom 14.03.2014 ausgeführt hätten, dass diese bezüglich der Zuordnung der einzelnen IP-Adressen keine Angaben machen könnten, da die Erhebung dieser Angaben alleine durch die externen Dienstleister erfolge und sich die Beschwerdeführer auf die korrekte Vorgehensweise dieser verlassen müssten, übersehe die belangte Behörde bei ihrer Nachfrage bei den entsprechenden Anzeigern (offenbar absichtlich?), dass die entsprechenden IP-Adressen, sofern sie nicht, wie manchmal bei Unternehmen, fix vergeben seien, bei Privatanschlüssen immer nur temporär

zugewiesen seien. In der Regel ändere sich die IP-Adresse bei jedem Aufbau der Internetverbindung und könne somit auch der entsprechende private Nutzer nicht wissen oder gar festhalten, zu welchem Zeitpunkt er sich über welche ihm wahllos zugewiesene IP-Adresse einwähle bzw. eingewählt habe. Dies bedeute, dass üblicherweise bei jedem Aufbau einer Internetverbindung und somit bei jedem (neuerlichen) Einstieg in das Internet seitens des entsprechenden Providers wahllos, zufällig und im Nachhinein auch nicht mehr nachvollziehbar, IP-Adressen (meist) aus Österreich oder auch gar europa- oder weltweit vergeben und dem Endbenutzer zugewiesen werden würden. Dabei greife auch der Provider auf einen ganzen Pool von IP-Adressen zurück, die somit nicht von seinem Unternehmen oder dem tatsächlichen Internetanbieter des Endkunden stammen müssten. Damit lasse sich auch nachvollziehen, warum auf den entsprechenden Opt-Ins teilweise IP-Adressen angeführt seien, die weder örtlich (somit zum Beispiel nur aus Wien oder nur aus Tirol) noch unternehmerisch dem Provider bzw. Internetanbieter des entsprechenden Kunden direkt zugeordnet werden könnten. Gerade dieser Umstand sollte allerdings der belangten Behörde bekannt sein, zumal sich diese gerade mit diesen Angelegenheiten auch mehrfach beschäftige. Nichtsdestotrotz werde der Umstand, dass die Überprüfung der in den Opt-Ins angeführten IP-Adressen, insbesondere durch Nachfragen bei den Anzeigern, nur zum Nachteil der Beschwerdeführer ausgelegt. Es werde somit den Beschwerdeführern ein faktischer Umstand nachteilig angelastet, wiewohl diese darauf überhaupt keinen Einfluss hätten und die entsprechenden Erhebungen und Feststellungen der belangten Behörde offenbar nur den Zweck hätten, das Straferkenntnis zu untermauern sowie die vorliegende Einwilligung als nicht vorhanden bzw. nicht rechtskonform zu deklarieren. Die belangte Behörde übersehe dabei allerdings anzuführen, inwiefern die von ihr überprüfte und bei den Anzeigern nachgefragte IP-Adresse, die nicht durch den Endkunden gewählt werden könne, für das gegenständliche Straferkenntnis überhaupt relevant sein solle. Hinsichtlich dieser Ausführungen fehle jegliche Begründung im Straferkenntnis. Auch könne nur die gleichzeitige Überprüfung des konkreten timestamps im Zusammenhang mit der IP-Adresse zu einem Ergebnis führen. Diese Überprüfung habe die belangte Behörde jedoch unterlassen.

3.1.1.4. Nicht nachvollziehbar sei ferner, woraus die belangte Behörde ableite, warum die entsprechenden Teilnehmer glaubhaft und die Ausführungen der Beschwerdeführer hingegen reine Schutzbehauptungen sein sollten. Wenn man sich die entsprechende Begründung der belangten Behörde ansehe, komme man darauf, dass jegliche Ausführungen der Beschwerdeführer, seien sie auch belegt und nachvollziehbar, als reine Schutzbehauptungen abgetan werden würden. Ganz egal, ob sich daher aus den Beweisergebnissen der belangten Behörde ergebe, dass die Angaben der entsprechend betroffenen Personen widersprüchlich oder gar falsch seien müssten, seien diese für die belangte Behörde jedenfalls stets glaubwürdig und könne die belangte Behörde keinen Grund erkennen, warum die Angaben nicht der Wahrheit entsprechen sollten. Scheinargumente und standardisierte pauschale Ausführungen, die lebensfremd seien, und vor allem Dinge, die keinesfalls der Wirklichkeit und Wahrheit entsprechen könnten, würden von der belangten Behörde als richtig und glaubwürdig anerkannt werden, währenddessen die entsprechenden Ausführungen der Beschwerdeführer begründungslos abgetan werden würden.

3.1.1.5. In diesem Zusammenhang verweise die belangte Behörde auch pauschal, ohne Begründung und vor allem ohne Anführung von Geschäftszahlen oder Namen, auf die (wiederum pauschal gewerteten) angeblich glaubwürdigen Aussagen von weiteren Anzeigern in anderen Parallelverfahren gegen die Beschwerdeführer. Abgesehen davon, dass die angeführten Parallelverfahren nicht Teil des jeweiligen Beweisergebnisses im Straferkenntnis seien und damit auch gar nicht verwertet werden dürften, seien diese Verweise und Ausführungen unbegründet und damit rechtswidrig. Sie könnten keinesfalls untermauern, dass die im Opt-In vorhandenen Daten, wie von der belangten Behörde schlichtweg ohne Beweisergebnisse festgestellt, von einer anderen unbekannten Person eingetragen worden seien und diese somit nicht der Wahrheit entsprechen würden. Die belangte Behörde habe sogar angeführt, dass es sich bezüglich des Opt-Ins um einen gefälschten Ausdruck handle, begründe dies allerdings nicht mit entsprechenden Beweisergebnissen und Fakten; dh die belangte Behörde unterstelle offenbar einer dritten Person schlichtweg Urkundenfälschung, ohne dafür nachvollziehbare Gründe anführen zu können, leite aber bei der Staatsanwaltschaft kein Strafverfahren wegen Urkundenfälschung ein oder ermittle in irgendeine andere Richtung. In diesem Fall wären daher auch die Beschwerdeführer jedenfalls Opfer einer allfälligen Fälschung und nicht die Täter.

3.1.1.6. Auch das pauschale Argument der belangten Behörde, dass es immer noch Personen gäbe, die niemals an Gewinnspielen teilnehmen und dafür auch (nicht) ihre Daten preisgegeben würden, gehe ins Leere. Fakt sei, dass auch bei den Gewinnspielen Lotto "6 aus 45", Joker, EuroMillionen, der Klassenlotterie, Brieflos, Toto/Torwette, ToiToiToi,

Bingo, Rubbellos und win2day-Spielen (zum Teil) die entsprechenden personenbezogenen Daten angegeben werden müssten. Manche dieser Gewinnspiele würden auch (nicht nur) ausschließlich online stattfinden. Auch hierbei würden natürlich Datensätze für die Werbung zur Weitergabe an Dritte erhoben werden. Leider werde bei der Gewinnstatistik aus Datenschutzgründen nicht angegeben, in welchem Alter sich die Spielteilnehmer befinden würden. Es sei jedoch sicherlich amtsbekannt, dass es sich bei den Österreichern um eine gewinnspielfreudige Nation handle. Es gebe somit kaum eine Person (und schon gar nicht auf das Alter beschränkt), die in ihrem Leben nicht ein einziges Mal an einem Gewinnspiel teilgenommen und damit auch ihre persönlichen Daten bekannt gegeben habe. Die Österreicher würden Lotto spielen, sich Brieflose und Rubbellose kaufen und würden auch sonst überall dort mitspielen, wo sie in irgendeiner Form Gewinne, zB auch Geld oder Urlaube oder andere Gegenstände, erhalten könnten. Sie würden dabei meist nicht darauf achten, welche Daten sie tatsächlich (auch im Internet!) anführen und bekannt geben und wozu sie eigentlich überall ihre Zustimmung erklären würden. Den meisten Personen sei nur wichtig, dass sie die Chance auf ein besseres Leben durch Gewinne hätten. Dann zu glauben, dass die Aussage, dass jemand niemals in seinem Leben an Gewinnspielen teilgenommen und damit auch nicht seine persönlichen Daten in irgendeiner Form bekannt gegeben habe, pauschal richtig sei, entbehre jeder Grundlage. Es sei völlig lebensfremd, wenn eine Person dies behaupte. Dies habe ua auch das LG St. Pölten zu 4 Cg 135/12x ausgesprochen und das OLG Wien zu 1 R 205/13v bestätigt. Die belangte Behörde sehe dies allerdings offenbar ganz anders. Dazu komme, dass die belangte Behörde auch nicht hinterfrage oder gar erhoben habe, ob vielleicht doch der Teilnehmer selbst oder ein ihm bekannter Dritter seine Daten eingegeben und die Zustimmung beim Gewinnspiel erteilt habe. Es sei nämlich auch nicht unüblich, dass bei Gewinnspielen die gesamte Familie und Verwandtschaft - manchmal sogar Freunde - angegeben werden, um die Gewinnchancen zu erhöhen. Sämtliche aufgezeigten Widersprüche der Ausführungen des Teilnehmers seien von der belangten Behörde letztendlich nur mit der glaubwürdigen Aussage, wobei es keine Einvernahme gegeben habe, des Teilnehmers abgetan worden. Abgesehen davon, dass dieser Umstand nicht erhoben worden sei, habe man sich mit den Widersprüchen und Zugeständnissen des Teilnehmers, nämlich dass er hin und wieder an Gewinnspielen im Internet teilnehme, sich auch selbst nicht mehr erinnern könne und auch bereits von anderen Unternehmen Werbeanrufe erhalten habe, nicht auseinandergesetzt. Auch der Umstand, dass sich jemand nachweislich beim Online-Gewinnspiel angemeldet habe, werde übergangen und unbeachtet gelassen.

3.1.1.7. Die belangte Behörde verstricke sich ferner in ihrem Straferkenntnis auch mehrfach in eigene Widersprüche, insbesondere hinsichtlich des von ihr geforderten DOI:

- Auf Seite 7 führe die belangte Behörde aus, dass das DOI zwar gesetzlich nicht vorgeschrieben sei, jedoch dem Stand der Technik entspreche. Ein DOI wäre notwendig, um den Missbrauch zum größten Teil auszuschließen. Ein DOI sei insbesondere für Teilnehmer und auch für Online-Gewinnspielveranstalter notwendig.
- Auf Seite 8 stelle die belangte Behörde im Widerspruch zu den Ausführungen auf Seite 7 fest, dass ohne ein DOI keine gesetzmäßig korrekte Zustimmungserklärung abgegeben werden könne. Weiters seien Personendaten aus einem Gewinnspiel, wie im gegenständlichen Opt-In vorliegend, somit nicht "wirklich" brauchbar. Bei einem DOI würden die Daten mit größter Wahrscheinlichkeit von der entsprechenden Person stammen und somit sei auch der Anruf rechtsgültig. Das DOI sei nach heutigem Stand der Technik ein notwendiges Erfordernis bei der Abhaltung von Online-Gewinnspielen.
- Auf Seite 9 lege die belangte Behörde wiederum dar, dass ein DOI bei Online-Gewinnspielen grundsätzlich installiert sein müsse.

3.1.1.8. Abgesehen davon, dass die belangte Behörde versuche, einen nicht gesetzmäßig vorgeschriebenen Kontrollmechanismus zu etablieren, widerspreche sie sich in ihrem eigenen Straferkenntnis mehrfach, lasse sowohl die Sachverhaltsfeststellungen als auch die Widersprüche unbegründet und insbesondere nachstehende Fragen offen:

- Wie könne ein DOI zwar gesetzlich nicht vorgeschrieben sein, von der belangten Behörde allerdings als unabdingbare Grundlage für eine gesetzesmäßige korrekte Zustimmungserklärung festgelegt werden? Woher nehme die belangte Behörde die Rechtsansicht, dass ein DOI zwangsweise eingeholt werden müsse, um eine gesetzesmäßige korrekte Zustimmungserklärung zu erhalten?
- Wie komme insbesondere eine Verwaltungsbehörde zur Ansicht, ob etwas Stand der Technik sei oder nicht, ohne dies in irgendeiner Form zu begründen? Auf welche Normen (Ö-Normen, etc.) oder allgemeine technische Regelungen stütze sich hier die belangte Behörde, wenn sie in einem Verwaltungsstrafverfahren vom Stand der Technik spreche?

Wie habe die belangte Behörde erhoben, ob hier überhaupt ein Stand der Technik vorhanden sei?

- Woraus ergebe sich, dass ein DOI zwingend bei Online-Gewinnspielen installiert sein müsse? Woher komme dieser Grundsatz? Wie begründe die belangte Behörde dabei den Widerspruch zu ihrer Feststellung, dass ein DOI hingegen nur ein dem heutigen Stand der Technik entsprechendes und notwendiges Erfordernis bei der Abhaltung von Online-Gewinnspielen sei?

- Wie begründe die belangte Behörde den Umstand, dass sie den Beschwerdeführern vorgebe, dass sie nur durch ein DOI die für § 107 TKG 2003 notwendige Einwilligungserklärung belegen hätte können, wiewohl sie doch selbst ausgeführt habe, dass auch ein DOI den Missbrauch nur zum größten Teil ausschließen könne? Wieso reiche ein normales Opt-In nicht aus, wenn auch ein DOI gefälscht werden könne?
- Wie begründe die belangte Behörde den Umstand, dass sie den Beschwerdeführern vorgebe, dass sie nur durch ein DOI die für Paragraph 107, TKG 2003 notwendige Einwilligungserklärung belegen hätte können, wiewohl sie doch selbst ausgeführt habe, dass auch ein DOI den Missbrauch nur zum größten Teil ausschließen könne? Wieso reiche ein normales Opt-In nicht aus, wenn auch ein DOI gefälscht werden könne?

3.1.1.9. Überhaupt lasse die belangte Behörde die Frage offen, wie die Beschwerdeführer die für die Anrufe notwendige Einwilligung nach Ansicht der belangten Behörde richtigerweise belegen hätte können. Da es sich beim vorliegenden Opt-In immerhin um einen angeblich gefälschten Ausdruck handle, könne dies nach den Ausführungen der belangten Behörde auch bei einem DOI nicht ausgeschlossen werden. Dies würde faktisch die Konsequenz nach sich ziehen, dass Einwilligungserklärungen nur auf Papier und keinesfalls in irgendeiner Weise elektronisch, fernschriftlich oder gar mündlich erteilt werden könnten und somit sämtliche Anrufe gegen § 107 TKG 2003 verstoßen würden. Dies sei aber jedenfalls nicht dem Inhalt des § 107 TKG 2003 zu entnehmen, welcher nicht vorschreibe, wem und in welcher Form die Zustimmung erteilt werden solle, sodass auch nicht nachvollziehbar sei, wie die belangte Behörde zu einer derartigen Auffassung gelangt sei. Dazu komme, dass die Möglichkeit eine Zustimmung elektronisch zu erteilen, nicht nur tatsächlich gängige Praxis sei, sondern sogar einen derart hohen Marktanteil (von elektronischen Zustimmungserklärungen) aufweise, die einem Monopol gleichkommen dürfte. Daher sei die Ansicht der belangten Behörde absolut lebensfremd und ignoriere faktisch die Realität.

3.1.1.9. Überhaupt lasse die belangte Behörde die Frage offen, wie die Beschwerdeführer die für die Anrufe notwendige Einwilligung nach Ansicht der belangten Behörde richtigerweise belegen hätte können. Da es sich beim vorliegenden Opt-In immerhin um einen angeblich gefälschten Ausdruck handle, könne dies nach den Ausführungen der belangten Behörde auch bei einem DOI nicht ausgeschlossen werden. Dies würde faktisch die Konsequenz nach sich ziehen, dass Einwilligungserklärungen nur auf Papier und keinesfalls in irgendeiner Weise elektronisch, fernschriftlich oder gar mündlich erteilt werden könnten und somit sämtliche Anrufe gegen Paragraph 107, TKG 2003 verstoßen würden. Dies sei aber jedenfalls nicht dem Inhalt des Paragraph 107, TKG 2003 zu entnehmen, welcher nicht vorschreibe, wem und in welcher Form die Zustimmung erteilt werden solle, sodass auch nicht nachvollziehbar sei, wie die belangte Behörde zu einer derartigen Auffassung gelangt sei. Dazu komme, dass die Möglichkeit eine Zustimmung elektronisch zu erteilen, nicht nur tatsächlich gängige Praxis sei, sondern sogar einen derart hohen Marktanteil (von elektronischen Zustimmungserklärungen) aufweise, die einem Monopol gleichkommen dürfte. Daher sei die Ansicht der belangten Behörde absolut lebensfremd und ignoriere faktisch die Realität.

3.1.1.10. Nicht nachvollziehbar und auch völlig unbegründet sei überdies, wie sich die belangte Behörde die entsprechend von ihr angeführte stichprobenartige Überprüfung durch Kontaktaufnahme vorgestellt habe. Die belangte Behörde führe nämlich auf Seite 8 des Straferkenntnisses aus, dass der Erstbeschwerdeführer nicht nur nachträglich bei einem Anlassfall eine Zustimmungserklärung überprüfen, sondern schon bei der ersten Adresslieferung und dann in bestimmten Zeitabständen stichprobenartig kontrollieren hätte müssen, ob diese Personen in den gelieferten Dateien tatsächlich zum Erhalt von Werbe-E-Mails und -anrufen durch die zweitbeschwerdeführende Partei eine Zustimmung erteilt hätten. Die Frage sei nun, wie man sich diese stichprobenartige Kontaktaufnahme vorstellen solle: "Hallo, hier spricht XXX von XXXX, ich wollte nachfragen, ob sie bei den Gewinnspielen XY teilgenommen und dabei die Zustimmung erteilt haben, dass wir sie zu Werbezwecken anrufen dürfen?". Abgesehen davon, dass eine derartige Überprüfung, wie offenbar von der belangten Behörde angenommen, völlig praxisfremd und überzogen sei, sei diese auch im TKG 2003 so nicht vorgesehen und würde per se wiederum einen Verstoß gegen § 107 TKG 2003 darstellen, sofern tatsächlich keine Zustimmung vorgelegen hätte.

3.1.1.10. Nicht nachvollziehbar und auch völlig unbegründet sei überdies, wie sich die belangte Behörde die entsprechend von ihr

angeführte stichprobenartige Überprüfung durch Kontaktaufnahme vorgestellt habe. Die belangte Behörde führe nämlich auf Seite 8 des Straferkenntnisses aus, dass der Erstbeschwerdeführer nicht nur nachträglich bei einem Anlassfall eine Zustimmungserklärung überprüfen, sondern schon bei der ersten Adresslieferung und dann in bestimmten Zeitabständen stichprobenartig kontrollieren hätte müssen, ob diese Personen in den gelieferten Dateien tatsächlich zum Erhalt von Werbe-E-Mails und -anrufen durch die zweitbeschwerdeführende Partei eine Zustimmung erteilt hätten. Die Frage sei nun, wie man sich diese stichprobenartige Kontaktaufnahme vorstellen solle: "Hallo, hier spricht römisch 30 von römisch 40, ich wollte nachfragen, ob sie bei den Gewinnspielen XY teilgenommen und dabei die Zustimmung erteilt haben, dass wir sie zu Werbezwecken anrufen dürfen?". Abgesehen davon, dass eine derartige Überprüfung, wie offenbar von der belangten Behörde angenommen, völlig praxisfremd und überzogen sei, sei diese auch im TKG 2003 so nicht vorgesehen und würde per se wiederum einen Verstoß gegen Paragraph 107, TKG 2003 darstellen, sofern tatsächlich keine Zustimmung vorgelegen hätte.

3.1.2. Ergänzungsbedürftigkeit/fehlende Beweiswürdigung:

3.1.2.1. Das bekämpfte Straferkenntnis sei ergänzungsbedürftig, zumal sich aus diesem nicht herauslesen lasse, wie sich der zu zahlende Gesamtbetrag von EUR 638,-- ergebe. Als Strafe seien lediglich EUR 580,-- angeführt, allfällige Kosten des Strafverfahrens seien allerdings nicht angegeben worden.

3.1.2.2. Abgesehen von dem Umstand, dass es hinsichtlich des von der belangten Behörde angeführten Bestätigungs-E-Mails keinerlei Beweisaufnahme oder Beweisverfahren gegeben habe, unterliege die belangte Behörde hier einem generellen Irrtum. Grundsätzlich werde die E-Mail-Adresse, auch wenn sie nicht zwangsweise anzugeben sei, vom Gewinnspielveranstalter abgefragt, allerdings nicht an die Beschwerdeführer aus Datenschutzgründen weitergeleitet. Das bedeute, dass sehr wohl eine E-Mail-Adresse angeführt werde, diese allerdings aus Datenschutzgründen den Beschwerdeführern nicht vorgelegt werde. Die Eingabemöglichkeit der E-Mail-Adresse sei jedoch auch durch die vorgelegten Unterlagen belegt worden, was von der belangten Behörde allerdings schlichtweg ignoriert werde. Da die Beschwerdeführer die Opt-Ins nicht direkt beim Gewinnspielbetreiber kaufen, sondern über einen dritten Vertriebspartner erwerben würden, könnte nur die belangte Behörde selbst mit dem Argument des Rechtsschutzinteresses und des amtswegigen Einschreitens den Datenschutz aushebeln und die entsprechende Beweisaufnahme, die auch amtswegig zu erfolgen habe, vornehmen. Dies alles zeige aber die schwarz-weiß-Denkweise der belangten Behörde. Wenn etwas nämlich nicht ins Bild passe, werde dies nicht hinterfragt, sondern einfach angenommen, dass die Beschwerdeführer auf jeden Fall etwas unterlassen oder falsch gemacht hätten, anstatt ordnungsgemäße Ermittlungen durchzuführen. Da die Opt-Ins immerhin nur vom beauftragten Unternehmen gemacht werden würden und können, bedeute dies, dass diese E-Mail-Adresse (die Zustimmung) nur vom Gewinnspielveranstalter eingeholt werde und auch nur diesem zustehe. Dies würde natürlich auch im Falle eines DOI gelten; schließlich werde die DOI auch nicht von den Beschwerdeführern eingeholt, sondern direkt vom Veranstalter selbst, weshalb auch in diesem Fall die Beschwerdeführer in keinem Fall die E-Mail-Adresse benötigen würden.

3.1.2.3. Gerügt werde weiters, dass die belangte Behörde in ihrem bekämpften Straferkenntnis pauschal sowohl Sachverhaltsfeststellungen als auch rechtliche Ausführungen getroffen habe, die nicht auf einer durchgeführten Beweisaufnahme oder gar einer Beweiswürdigung fußen würden. Die belangte Behörde hätte daher weder amtswegig noch durch Nachfrage bei den Beschwerdeführern Sachverhaltserhebungen und damit eine ordentliche Beweisaufnahme durchgeführt. Viele Sachverhaltsfeststellungen und rechtliche Ausführungen seien lediglich zu Ungunsten der Beschwerdeführer getroffen worden, wiewohl in diesem Zusammenhang überhaupt kein Ermittlungsverfahren stattgefunden habe. Insbesondere stelle sich für die Beschwerdeführer die Frage, wie die belangte Behörde zu nachstehenden Annahmen ohne Beweisaufnahme gelangt sei:

- Wie sei die belangte Behörde zum Schluss gelangt, dass die Beschwerdeführer mit dem Gewinnspielveranstalter eine Vereinbarung hinsichtlich der Zustimmungserklärung getroffen haben sollten? Wie komme die belangte Behörde auch dazu, dass die Beschwerdeführer sicher einen finanziellen Beitrag für diese Vereinbarung bezahlt haben müssen? Die Beschwerdeführer hätten in ihren Stellungnahmen bzw. ergänzenden Ausführungen und Rechtfertigungen mehr als nur einmal ausdrücklich ausgeführt, dass sie sämtliche Zustimmungserklärungen und damit auch die entsprechenden Telefonnummern über den dritten Vertriebspartner, die XXXX, angekauft hätten. Seitens der Beschwerdeführer sei niemals eine allfällige Verbindung, ein Kontakt oder gar eine Vereinbarung mit dem Online-Gewinnspiel-Veranstalter behauptet worden. Dies sei eine reine Mutmaßung der belangten Behörde, die nicht einmal richtig sei:
- Wie sei die belangte Behörde zum Schluss gelangt, dass die Beschwerdeführer mit dem Gewinnspielveranstalter eine

Vereinbarung hinsichtlich der Zustimmungserklärung getroffen haben sollten? Wie komme die belangte Behörde auch dazu, dass die Beschwerdeführer sicher einen finanziellen Beitrag für diese Vereinbarung bezahlt haben müssen? Die Beschwerdeführer hätten in ihren Stellungnahmen bzw. ergänzenden Ausführungen und Rechtfertigungen mehr als nur einmal ausdrücklich ausgeführt, dass sie sämtliche Zustimmungserklärungen und damit auch die entsprechenden Telefonnummern über den dritten Vertriebspartner, die römisch 40, angekauft hätten. Seitens der Beschwerdeführer sei niemals eine allfällige Verbindung, ein Kontakt oder gar eine Vereinbarung mit dem Online-Gewinnspiel-Veranstalter behauptet worden. Dies sei eine reine Mutmaßung der belangten Behörde, die nicht einmal richtig sei:

Grundsätzlich sei es nämlich tatsächlich so, dass die zweitbeschwerdeführende Partei die Adressen nur von der XXXX angekauft habe. Der zweitbeschwerdeführenden Partei sei dabei nicht bekannt, bei welchen Gewinnspielbetreibern die XXXX auf welche Art und Weise die Adressen organisiere und sammle. In die Vertragsbeziehung der XXXX mit den Online-Gewinnspiel-Veranstaltern habe die zweitbeschwerdeführende Partei keinerlei Einblick. Diese würde dafür auch nicht bezahlen. Es handle sich hierbei um einen klaren Fall der Freigabe zur Unterbeauftragung mit dem expliziten Auftrag der Gesetzmäßigkeit der erhobenen Adressen. Die Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit der erhobenen Opt-Ins im Sinne der Vereinbarung liege bei der XXXX. Die XXXX könne entweder selbst die Zustimmungen einholen oder dies unterbeauftragen, sofern sie die zugesagten Eigenschaften, nämlich dem TKG 2003 entsprechend erhobene Zustimmungen, einhalte. Die zweitbeschwerdeführende Partei könne daher weder auf die Sammlung der Adressen und die Form einwirken, noch seien ihr die entsprechenden Gewinnspielbetreiber bekannt. Es wäre auch unsinnig über einen Dritten Adressen zu kaufen, wenn man im Vorhinein bereits in direktem Kontakt mit dem Online-Gewinnspielbetreiber stehe. Fakt sei daher, dass es wohl an der XXXX liege, die Adressen an die zweitbeschwerdeführende Partei zu verkaufen, zumal sie sich vertraglich dazu verpflichtet habe, dass sie nur Datensätze liefere, für die eine dem TKG 2003 entsprechende Zustimmungserklärung (Opt-In) vorliege. Außerdem sei es branchenüblich, derartige Leistungen auszulagern. Die Beschwerdeführer seien auf Telekommunikationsdienstleistungen spezialisiert und nicht auf die Erhebung von Adressdaten, weshalb sie sich, wie dies ebenfalls branchen-(übergreifend) üblich sei, auf bestens beleumundete Spezialisten verlassen und auch verlassen müsse und dürfe. Grundsätzlich sei es nämlich tatsächlich so, dass die zweitbeschwerdeführende Partei die Adressen nur von der römisch 40 angekauft habe. Der zweitbeschwerdeführenden Partei sei dabei nicht bekannt, bei welchen Gewinnspielbetreibern die römisch 40 auf welche Art und Weise die Adressen organisiere und sammle. In die Vertragsbeziehung der römisch 40 mit den Online-Gewinnspiel-Veranstaltern habe die zweitbeschwerdeführende Partei keinerlei Einblick. Diese würde dafür auch nicht bezahlen. Es handle sich hierbei um einen klaren Fall der Freigabe zur Unterbeauftragung mit dem expliziten Auftrag der Gesetzmäßigkeit der erhobenen Adressen. Die Verantwortung für die Gesetzmäßigkeit der erhobenen Opt-Ins im Sinne der Vereinbarung liege bei der römisch 40. Die römisch 40 könne entweder selbst die Zustimmungen einholen oder dies unterbeauftragen, sofern sie die zugesagten Eigenschaften, nämlich dem TKG 2003 entsprechend erhobene Zustimmungen, einhalte. Die zweitbeschwerdeführende Partei könne daher weder auf die Sammlung der Adressen und die Form einwirken, noch seien ihr die entsprechenden Gewinnspielbetreiber bekannt. Es wäre auch unsinnig über einen Dritten Adressen zu kaufen, wenn man im Vorhinein bereits in direktem Kontakt mit dem Online-Gewinnspielbetreiber stehe. Fakt sei daher, dass es wohl an der römisch 40 liege, die Adressen an die zweitbeschwerdeführende Partei zu verkaufen, zumal sie sich vertraglich dazu verpflichtet habe, dass sie nur Datensätze liefere, für die eine dem TKG 2003 entsprechende Zustimmungserklärung (Opt-In) vorliege. Außerdem sei es branchenüblich, derartige Leistungen auszulagern. Die Beschwerdeführer seien auf Telekommunikationsdienstleistungen spezialisiert und nicht auf die Erhebung von Adressdaten, weshalb sie sich, wie dies ebenfalls branchen-(übergreifend) üblich sei, auf bestens beleumundete Spezialisten verlassen und auch verlassen müsse und dürfe.

- Auch sei nicht nachvollziehbar und überprüfbar, wie die belangte Behörde zur Annahme gelange, dass die Beschwerdeführer ihre stichprobenartigen Überprüfungen in bestimmten Zeitabständen unterlassen hätten. Vom Callcenter sei auch noch vermerkt worden, bei wie vielen Personen seitens des Angerufenen ein weiterer Anruf nicht gewünscht gewesen sei, dh zusätzlich zur Möglichkeit, dass beim Veranstalter des Gewinnspiels die Zustimmung zum Anruf widerrufen habe werden können, habe man dies auch direkt beim tatsächlichen Anruf beim Callcenter nachholen können. Dies seien im Jahr 2014 etwa 8.600 Personen gewesen. Im Verhältnis dazu gebe es allerdings nur 17 Anzeigen bei der belangten Behörde. Damit sei wohl dargelegt, dass durch den tatsächlichen Anruf mehr als eine stichprobenartige Überprüfung der zugekauften Adressen und Zustimmungserklärungen erfolgt sei. Es könne daher auch nicht davon gesprochen werden, dass nur die wenigsten Personen durch die Teilnahme an den angeführten

Online-Gewinnspielen die Zustimmung zum Erhalt von Werbe-E-Mails und Werbeanrufen erteilt hätten.

- Wie sei daher die belangte Behörde zur Annahme gelangt, dass die vorliegenden Zustimmungserklärungen weder gesetzmäßig, korrekt noch tatsächlich abgegeben worden seien?

3.1.2.3. In diesem Zusammenhang sei noch darauf hinzuweisen, dass grundsätzlich der Betreiber des Gewinnspiels für den Widerruf der Zustimmung zuständig sei und nicht die Beschwerdeführer. Auch müsse wohl sicher zu sehen sein, dass durch den Bezug der Adressen bei der XXXX eine zusätzliche Kontrollmöglichkeit bestehe und dies eine Verbesserung der Situation darstelle. Dies drücke sich auch in den absoluten Zahlen der eingehenden Beschwerden aus. Aufgrund der Aufteilung der Aufgabenbereiche und zusätzlich eingeführten Kontrollmöglichkeiten seien zusätzliche Sicherheiten für die zweitbeschwerdeführende Partei entstanden. Aus dem Jahr 2014 gebe es lediglich insgesamt 17 Anzeigen, womit evident nachgewiesen sei, dass Kontrollmechanismen bestehen würden und auch Verbesserungen durchgeführt worden seien, die effektiv seien und die Beschwerdeführer daher auch keinen Grund hätten, an der Richtigkeit der Zustimmungserklärungen und dem Funktionieren der Kontrollmechanismen zu zweifeln. Die Opt-Ins seien korrekt erhoben worden, weshalb der zweitbeschwerdeführenden Partei eine geänderte Vorgehensweise auch nicht zum Vorwurf gemacht werden könne. Dies sei im Gegenzug als effektive Maßnahme zur Verbesserung zu verstehen. Ähnliches gelte für das Dailer System, welches ein adäquates Kontrollmittel dahingehend darstelle, zu verhindern, dass Nummern angerufen werden könnten, bei denen keine Zustimmung vorliege oder sich Personen einfach mit anderen Unternehmen oder insbesondere der "Telekom Austria" gemeldet hätten. Außerdem seien die bisherigen Kontrollen aus Sicht der belangten Behörde auch ausreichend und seien nie bemängelt worden. Seitens der Beschwerdeführer habe daher jahrelang davon ausgegangen werden müssen, dass dies als ausreichende Sorgfalt und Kontrollmöglichkeit angesehen werde. Nunmehr Jahre später, nachdem die belangte Behörde die entsprechenden Fälle gesammelt und dann 15 Straferkenntnisse auf einmal erlassen habe, um die Situation drastisch darzustellen, werde eine jahrelang unkritisierte Vorgehensweise im Nachhinein für mehrere Jahre zurück als unzureichend und grob sorgfaltswidrig kritisiert und eine hohe Strafe ausgesprochen, obwohl tatsächlich die Zahl der Anzeigen erheblich zurückgegangen sei und somit effektive Kontrollmaßnahmen, nämlich Stichproben zB in Form von Plausibilitätsprüfungen, gezielte Maßgaben, dass jede einzelne diesbezügliche Beschwerde umgehend gemeldet werde etc., also realistische interne QC-Maßnahmen anstatt von "Kontrollanrufen" im Hintergrund bestünden, nachweislich funktionieren würden. Die Entwicklung der Anzahl der Anzeigen belege somit die Effektivität der vorhandenen Maßnahmen. Die Vorgehensweise der belangten Behörde spiegle sich auch in den Ausführungen in den jeweiligen Straferkenntnissen, insbesondere im hier bekämpften dahingehend wider, dass die Teilnehmer lediglich, per E-Mail ihre Meinung darlegen könnten und die belangte Behörde auf Seite 7 des Straferkenntnisses dann lapidar ausgeführt habe, dass man sich auf die glaubwürdigen Angaben des Teilnehmers berufe, und keinen Grund erkennen könne, warum die Angaben nicht stimmen sollten. Hätte die belangte Behörde, wie beantragt, eine mündliche Verhandlung durchgeführt, wäre es den Beschwerdeführern auch möglich gewesen, dazu Fragen zu stellen und eine Stellungnahme abzugeben. Diese hätte dann auch beweisgewürdigt werden müssen.

3.1.2.3. In diesem Zusammenhang sei noch darauf hinzuweisen, dass grundsätzlich der Betreiber des Gewinnspiels für den Widerruf der Zustimmung zuständig sei und nicht die Beschwerdeführer. Auch müsse wohl sicher zu sehen sein, dass durch den Bezug der Adressen bei der römisch 40 eine zusätzliche Kontrollmöglichkeit bestehe und dies eine Verbesserung der Situation darstelle. Dies drücke sich auch in den absoluten Zahlen der eingehenden Beschwerden aus. Aufgrund der Aufteilung der Aufgabenbereiche und zusätzlich eingeführten Kontrollmöglichkeiten seien zusätzliche Sicherheiten für die zweitbeschwerdeführende Partei entstanden. Aus dem Jahr 2014 gebe es lediglich insgesamt 17 Anzeigen, womit evident nachgewiesen sei, dass Kontrollmechanismen bestehen würden und auch Verbesserungen durchgeführt worden seien, die effektiv seien und die Beschwerdeführer daher auch keinen Grund hätten, an der Richtigkeit der Zustimmungserklärungen und dem Funktionieren der Kontrollmechanismen zu zweifeln. Die Opt-Ins seien korrekt erhoben worden, weshalb der zweitbeschwerdeführenden Partei eine geänderte Vorgehensweise auch nicht zum Vorwurf gemacht werden könne. Dies sei im Gegenzug als effektive Maßnahme zur Verbesserung zu verstehen. Ähnliches gelte für das Dailer System, welches ein adäquates Kontrollmittel dahingehend darstelle, zu verhindern, dass Nummern angerufen werden könnten, bei denen keine Zustimmung vorliege oder sich Personen einfach mit anderen Unternehmen oder insbesondere der "Telekom Austria" gemeldet hätten. Außerdem seien die bisherigen Kontrollen aus Sicht der belangten Behörde auch ausreichend und seien nie bemängelt worden. Seitens der Beschwerdeführer habe daher jahrelang davon ausgegangen werden müssen, dass dies als ausreichende Sorgfalt und Kontrollmöglichkeit angesehen werde. Nunmehr Jahre später, nachdem die belangte Behörde die entsprechenden

Fälle gesammelt und dann 15 Straferkenntnisse auf einmal erlassen habe, um die Situation drastisch darzustellen, werde eine jahrelang unkritisierte Vorgehensweise im Nachhinein für mehrere Jahre zurück als unzureichend und grob sorgfaltswidrig kritisiert und eine hohe Strafe ausgesprochen, obwohl tatsächlich die Zahl der Anzeigen erheblich zurückgegangen sei und somit effektive Kontrollmaßnahmen, nämlich Stichproben zB in Form von Plausibilitätsprüfungen, gezielte Maßgaben, dass jede einzelne diesbezügliche Beschwerde umgehend gemeldet werde etc., also realistische interne QC-Maßnahmen anstatt von "Kontrollanrufen" im Hintergrund bestünden, nachweislich funktionieren würden. Die Entwicklung der Anzahl der Anzeigen belege somit die Effektivität der vorhandenen Maßnahmen. Die Vorgehensweise der belangten Behörde spiegle sich auch in den Ausführungen in den jeweiligen Straferkenntnissen, insbesondere im hier bekämpften dahingehend wider, dass die Teilnehmer lediglich, per E-Mail ihre Meinung darlegen könnten und die belangte Behörde auf Seite 7 des Straferkenntnisses dann lapidar ausgeführt habe, dass man sich auf die glaubwürdigen Angaben des Teilnehmers berufe, und keinen Grund erkennen könne, warum die Angaben nicht stimmen sollten. Hätte die belangte Behörde, wie beantragt, eine mündliche Verhandlung durchgeführt, wäre es den Beschwerdeführern auch möglich gewesen, dazu Fragen zu stellen und eine Stellungnahme abzugeben. Diese hätte dann auch beweisgewürdigt werden müssen.

3.1.2.4. Der Sachverhalt sei somit ergänzungsbedürftig, da die belangte Behörde eigene vom erstinstanzlichen Parteivorbringen abweichende Feststellungen zu Ungunsten der Partei getroffen habe, ohne umfassend zu ermitteln (VwGH 13.03.1998, 95/19/1570). Es handle sich dabei um eine wider die rechtsstaatlichen Prinzipien vorgenommene Beweiswürdigung, sodass der angefochtene Bescheid mit Rechtswidrigkeit behaftet sei.

3.1.3. Wesentliche Verletzung von Verfahrensvorschriften:

3.1.3.3. Ferner habe die belangte Behörde sämtliche Anträge der Beschwerdeführer ohne Begründung nicht erledigt. Da im gegenständlichen Straferkenntnis nicht einmal eine Begründung angeführt sei, warum sämtliche Anträge der Beschwerdeführer unerledigt geblieben seien, werde dies als wesentlicher Verfahrensmangel gerügt. Die Beschwerdeführer hätten nämlich für den Fall, dass das eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren nicht mangels Rechtswidrigkeit und Verschulden eingestellt werde, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt sowie den Antrag gestellt, nach Durchführung des Beweisverfahrens noch einmal zu einer abschließenden Stellungnahme aufgefordert zu werden. Im gegenständlichen Fall seien begründungslos weder eine mündliche Verhandlung durchgeführt worden noch eine Aufforderung zur abschließenden Stellungnahme erfolgt. Da die Beschwerdeführer ausdrücklich eine mündliche Verhandlung beantragt hätten, hätten diese auch einen Anspruch auf eine diesbezügliche Durchführung gehabt, um den geladenen Zeugen entsprechende Fragen zu stellen. Dabei hätte sich die belangte Behörde auch ein persönliches Bild über sämtliche Verfahrensbeteiligte machen können und müssen.

Da im verfahrensgegenständlichen Straferkenntnis Zweifel insofern bestünden, als einerseits die Sachverhaltsfeststellungen aktenwidrig seien und zudem andererseits von lebensfremden und nicht überprüften Umständen ausgegangen werde, wäre das Verwaltungsstrafverfahren zwingend einzustellen gewesen. Außerdem habe der Teilnehmer selbst zugestanden, im Internet bei Gewinnspielen mitzumachen und auch von verschiedensten anderen Unternehmen Werbeanrufe zu erhalten. Es könne daher nicht zweifelsfrei festgestellt werden, dass die Zustimmungserklärung gefälscht sei. Hierbei habe die belangte Behörde gegen die zwingend gesetzlichen Vorschriften des VStG und des AVG verstoßen, weshalb eine wesentliche Verletzung von Verfahrensvorschriften vorliege.

3.2. Unrichtige Feststellungen/Gesetzesauslegung:

Fakt sei, dass § 107 TKG 2003 nicht vorsehe, dass die Einwilligung des Teilnehmers für Anrufe zu Werbezwecken in einer bestimmten Form, insbesondere in Form eines DOI, vorliegen müsse. Aufgrund der unrichtigen Gesetzesauslegung des § 107 TKG 2003 habe die belangte Behörde allerdings nachstehende unrichtige Feststellungen, ohne ordentliche Beweisaufnahme, Beweiswürdigung und mit einem Begründungsmangel behaftet, wie folgt getroffen: Fakt sei, dass Paragraph 107, TKG 2003 nicht vorsehe, dass die Einwilligung des Teilnehmers für Anrufe zu Werbezwecken in einer bestimmten Form, insbesondere in Form eines DOI, vorliegen müsse. Aufgrund der unrichtigen Gesetzesauslegung des Paragraph 107, TKG 2003 habe die belangte Behörde allerdings nachstehende unrichtige Feststellungen, ohne ordentliche Beweisaufnahme, Beweiswürdigung und mit einem Begründungsmangel behaftet, wie folgt getroffen:

3.2.1. Auf Seite 4 des Straferkenntnisses habe die belangte Behörde im 2. Absatz festgestellt, dass diese erheben habe können, dass die im Formular zur Gewinnspielanmeldung angeführte IP-Adresse XXXX eine Adresse der XXXX sei. Diese

Feststellung sei nicht überprüfbar und damit unrichtig. Aus dem den Beschwerdeführern zur Verfügung gestellten Akt bzw. Ermittlungsergebnis der belangten Behörde ergebe sich diese nicht. 3.2.1. Auf Seite 4 des Straferkenntnisses habe die belangte Behörde im 2. Absatz festgestellt, dass diese erheben habe können, dass die im Formular zur Gewinnspielanmeldung angeführte IP-Adresse römisch 40 eine Adresse der römisch 40 sei. Diese Feststellung sei nicht überprüfbar und damit unrichtig. Aus dem den Beschwerdeführern zur Verfügung gestellten Akt bzw. Ermittlungsergebnis der belangten Behörde ergebe sich diese nicht.

3.2.2. Weiters sei auf Seite 6 des Straferkenntnisses festgehalten worden, dass "diese Personen im Zuge einer Teilnahme bei einem Online-Gewinnspiel nämlich auf www.XXXX.at oder XXX.at ihre Zustimmung zum Erhalt von Werbeanrufen erteilt haben". Auch diese Feststellung sei unrichtig, da die Beschwerdeführer bereits in ihrer Rechtfertigung vom 10.12.2013 ausdrücklich dargelegt hätten, dass die vorherige Zustimmung zum Anruf im Zuge der Teilnahme an dem Gewinnspiel unter www.XXXX.at erteilt worden sei; von dem Gewinnspiel www.XXXX.at sei nie eine Rede gewesen. 3.2.2. Weiters sei auf Seite 6 des Straferkenntnisses festgehalten worden, dass "diese Personen im Zuge einer Teilnahme bei einem Online-Gewinnspiel nämlich auf [www.römisch 40 .at](http://www.römisch40.at) oder [römisch 40 .at](http://römisch40.at) ihre Zustimmung zum Erhalt von Werbeanrufen erteilt haben". Auch diese Feststellung sei unrichtig, da die Beschwerdeführer bereits in ihrer Rechtfertigung vom 10.12.2013 ausdrücklich dargelegt hätten, dass die vorherige Zustimmung zum Anruf im Zuge der Teilnahme an dem Gewinnspiel unter www.XXXX.at erteilt worden sei; von dem Gewinnspiel www.XXXX.at sei nie eine Rede gewesen.

3.2.3. Auf Seite 7 des Straferkenntnisses sei ferner festgestellt worden, dass die belangte Behörde davon ausgehe, dass der Teilnehmer niemals bei dem Online-Gewinnspiel mitgemacht habe, sondern dass die Daten des Teilnehmers von einer anderen unbekannten Person im vorgelegten Online-Registrierungsformular eingetragen worden sei, dieses somit nicht der Wahrheit entspreche und es sich dabei um einen gefälschten Ausdruck handle. Diese Feststellungen seien unrichtig und würden nicht den Beweisergebnissen entsprechen.

3.2.4. Die belangte Behörde habe auf den Seiten 7 bis 8 des Straferkenntnisses offenbar Feststellungen im Zusammenhang mit einer E-Mail-Werbung getroffen, die im gegenständlichen Fall allerdings gar nicht vorliegen würden. Auch habe sie dargelegt, dass ein DOI zwar nicht gesetzlich vorgeschrieben sei, ihrer Ansicht nach allerdings Stand der Technik darstelle. Die belangte Behörde übersehe in diesem Zusammenhang, dass auch ein DOI gefälscht sein könne. Ein Spielteilnehmer werde kaum irrtümlich eine andere Nummer angeben. Meistens sei es eher absichtlich, dass für dritte Personen, um insbesondere die Gewinnchance zu erhöhen, Namen und Daten eingegeben werden würden. Würde man dann auch ein DOI im Sinne eines Sicherungs-E-Mails bzw. Kontroll-E-Mails verlangen, wäre es nichtsdestotrotz möglich, eine eigene E-Mail-Adresse anzugeben und von dieser dann das DOI zu bestätigen. Ein DOI für Zustimmungen zu Anrufen (anders bei E-Mail-Werbung) sei deshalb nicht sinnvoll, weil durch diese trotzdem kein Nachweis über die Identität des Zustimmenden erreicht werde. Die Ausführungen der belangten Behörde dazu seien daher nachweislich unrichtig und würden jeglicher technischen als auch gesetzlichen Grundlage entbehren. Somit bringe die Variante der Dokumentation mittels IP-Adresse und timestamp sogar bessere Beweiskraft, als die von der belangten Behörde verlangte Variante des DOI.

3.2.5. Abgesehen davon, dass die belangte Behörde selbst davon ausgehe, dass die gekauften Adressen der Personen rechtmäßig seien und sie auch rechtmäßig mit elektronischer Werbung kontaktiert werden dürfen, treffe sie dahingehend Feststellungen, inwiefern es einen Zusammenhang zwischen den Beschwerdeführern sowie dem Online-Gewinnspielveranstalter gebe. Ein paar Absätze darunter führe die belangte Behörde hingegen aus, dass diese nicht wisse, in welchem Zusammenhang die beiden Schweizer Unternehmen (gemeint die XXXX und die XXXX als Betreiber der Gewinnspielwebseite) zu einander bzw. mit der zweitbeschwerdeführenden Partei stehen würde, obwohl die belangte Behörde jedoch festgestellt habe, dass die zweitbeschwerdeführende Partei eine Vereinbarung mit der XXXX getroffen habe und dafür auch einen finanziellen Beitrag geleistet habe müssen. 3.2.5. Abgesehen davon, dass die belangte Behörde selbst davon ausgehe, dass die gekauften Adressen der Personen rechtmäßig seien und sie auch rechtmäßig mit elektronischer Werbung kontaktiert werden dürfen, treffe sie dahingehend Feststellungen, inwiefern es einen Zusammenhang zwischen den Beschwerdeführern sowie dem Online-Gewinnspielveranstalter gebe. Ein paar Absätze darunter führe die belangte Behörde hingegen aus, dass diese nicht wisse, in welchem Zusammenhang die beiden Schweizer Unternehmen (gemeint die römisch 40 und die römisch 40 als Betreiber der Gewinnspielwebseite)

zu einander bzw. mit der zweitbeschwerdeführenden Partei stehen würde, obwohl die belangte Behörde jedoch festgestellt habe, dass die zweitbeschwerdeführende Partei eine Vereinbarung mit der römisch 40 getroffen habe und dafür auch einen finanziellen Beitrag geleistet habe müssen.

3.2.6. Darüber hinaus sei die Feststellung hinsichtlich der stichprobenartigen Überprüfung bereits bei der ersten Adresslieferung und danach in bestimmten Zeitabständen durch Kontaktaufnahme einerseits falsch und andererseits lebensfremd. Auch die daraus gezogene Conclusio, dass man dann bemerkt hätte, dass von den betreffenden Personen nur die wenigsten durch die Teilnahme am entsprechenden Online-Gewinnspiel ihre Zustimmung erteilt hätten, entziehe sich jeglichem Beweisergebnis und vor allem der Realität.

3.2.7. Auch die auf Seite 9 des Straferkenntnisses getroffene Feststellung, dass der Erstbeschwerdeführer die Sammlung von Adressen über Online-Gewinnspiele selbst organisiert bzw. organisieren hätte lassen, sei falsch, da der Erstbeschwerdeführer dies entweder selbst organisiert oder er es organisieren hätte lassen. Die Sammlung der Adressen veranlasse die XXXX selbst. Dies werde nicht von der zweitbeschwerdeführenden Partei vorgenommen und von ihr auch nicht organisiert. 3.2.7. Auch die auf Seite 9 des Straferkenntnisses getroffene Feststellung, dass der Erstbeschwerdeführer die Sammlung von Adressen über Online-Gewinnspiele selbst organisiert bzw. organisieren hätte lassen, sei falsch, da der Erstbeschwerdeführer dies entweder selbst organisiert oder er es organisieren hätte lassen. Die Sammlung der Adressen veranlasse die römisch 40 selbst. Dies werde nicht von der zweitbeschwerdeführenden Partei vorgenommen und von ihr auch nicht organisiert.

3.2.8. Schlussendlich werde die Feststellung gerügt, dass es der Erstbeschwerdeführer beim Ankauf der Adressen unterlassen habe, zu überprüfen, ob die bei dem Online-Gewinnspiel gesammelten Zustimmungserklärungen auch tatsächlich von den angeführten Personen stammen würden bzw. von diesen abgegeben und nicht nur Daten von allgemein zugänglichen Telefonbüchern in die vorgelegten Opt-In-Nachweise hinein kopiert worden seien. Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführer den Überprüfungsmöglichkeiten und den entsprechenden Kontrollmaßnahmen ausreichend und sorgfältig nachgekommen seien, gebe es überhaupt keinerlei Hinweis und Beweisergebnisse, dass die Daten von allgemein zugänglichen Telefonbüchern in die vorgelegten Opt-In-Nachweise hinein kopiert worden seien. Im Gegenteil wäre es sonderbar, würde man für derartige Datensätze 5-6stellige Beträge bezahlen.

3.3. Fehlerhafte/unzweckmäßige Ermessensausübung:

Im gegenständlichen Fall habe die belangte Behörde die vom Erstbeschwerdeführer übermittelten Stellungnahmen und Rechtfertigungen sowie Beweismittel nicht ordnungsgemäß berücksichtigt und dem Ermittlungsverfahren zugrunde gelegt. Sie habe auch keine entlastenden Beweise für den Erstbeschwerdeführer erhoben oder gar berücksichtigt. In völlig einseitiger Sichtweise und sämtlichen Beweisergebnissen widersprechend, habe die belangte Behörde nichtsdestotrotz einen Verstoß gegen § 107 TKG 2003 festgestellt. Die belangte Behörde habe somit sämtlichen Grundsätzen des Verwaltungsstrafverfahrens widersprechend ein Ermessen ausgeübt, obwohl weder § 25 VStG noch § 45 VStG ein Ermessen vorsehen würden und die entsprechenden Bestimmungen auch nicht als Ermessen einräumend zu verstehen seien. Im gegenständlichen Fall habe die belangte Behörde die vom Erstbeschwerdeführer übermittelten Stellungnahmen und Rechtfertigungen sowie Beweismittel nicht ordnungsgemäß berücksichtigt und dem Ermittlungsverfahren zugrunde gelegt. Sie habe auch keine entlastenden Beweise für den Erstbeschwerdeführer erhoben oder gar berücksichtigt. In völlig einseitiger Sichtweise und sämtlichen Beweisergebnissen widersprechend, habe die belangte Behörde nichtsdestotrotz einen Verstoß gegen Paragraph 107, TKG 2003 festgestellt. Die belangte Behörde habe somit sämtlichen Grundsätzen des Verwaltungsstrafverfahrens widersprechend ein Ermessen ausgeübt, obwohl weder Paragraph 25, VStG noch Paragraph 45, VStG ein Ermessen vorsehen würden und die entsprechenden Bestimmungen auch nicht als Ermessen einräumend zu verstehen seien.

Da die belangte Behörde das Ermittlungsverfahren nur gänzlich mangelhaft und vor allem in einem wesentlichen Punkt, nämlich der Überprüfung, ob tatsächlich eine Einwilligung und damit eine Rechtfertigung für den Telefonanruf vorliege oder nicht, nur zu Lasten der Beschwerdeführer durchgeführt habe, sei eine Wiederholung des Ermittlungsverfahrens nötig.

3.4. Rechtliche Beurteilung:

Die Rechtsansicht der belangten Behörde sei aus folgenden Gründen unrichtig:

3.4.1. Ein DOI sei (grundsätzlich) gesetzlich in Österreich nicht vorgeschrieben.

3.4.2. Ein DOI könne auch nicht heutiger "Stand der Technik" sein, da es einerseits keinen Stand der Technik im TKG 2003 gebe und andererseits der Stand der Technik voraussetzen würde, dass ein DOI auch mehrheitlich angewendet werden würde. Der Stand der Technik sei eine Techniklausel und stelle die technischen Möglichkeiten zu einem bestimmten Zeitpunkt, basierend auf gesicherten Erkenntnissen von Wissenschaft und Technik, dar. Nur 5-10 % aller erhobenen Zustimmungserklärungen würden auf DOIs beruhen. Hier könne man wohl kaum vom Stand der Technik oder gar einer Marktüblichkeit sprechen; im Übrigen hätte die belangte Behörde ihre Behauptung durch entsprechende Erhebungen und Beweismittel belegen müssen.

3.4.3. Hinsichtlich des DOI müsse auch noch darauf hingewiesen werden, dass die zitierten Feststellungen und die rechtliche Beurteilung einerseits widersprüchlich seien und sich andererseits nur auf elektronische Post bzw. Werbe-E-Mails beziehen würden. Die Ausführungen seien daher nicht auf den gegenständlichen Sachverhalt anwendbar, da es sich hierbei um Telefonanrufe aufgrund von hierfür erteilter Einwilligung handle. Es könne nicht angehen, dass die Beschwerdeführer in potenziell gesetzeswidriger Weise, nämlich in einem Verstoß gegen § 107 TKG 2003, die Zustimmung durch Werbeanrufe überprüfen hätten sollen. Auch sei bereits ausjudiziert, dass das Nachfragen durch SMS, ob die Zustimmung tatsächlich erfolgt sei oder nicht, bereits elektronische Werbung und damit einen Verstoß im Sinne des § 107 TKG 2003 darstelle. Die belangte Behörde hätte daher in der rechtlichen Beurteilung darlegen müssen, wieso ein telefonisches Nachfragen kein Verstoß sein solle. Unter einem Opt-In verstehe man nämlich eine Regelung, bei der Werbe-E-Mails oder Anrufe nur zulässig seien, wenn der Empfänger vorher explizit zugestimmt habe, dass er mit dem Anruf oder der Zusendung solcher E-Mails einverstanden sei. Die von der belangten Behörde ausgeführte rechtliche Beurteilung hinsichtlich des DOI beziehe sich auf die Anmeldung zum Newsletter durch ein neutrales noch keine Werbung beinhaltendes E-Mail nach der aus dem Softwarebereich bekannten Devise "Wollen Sie wirklich?". Erst wenn der Interessent bestätige, dass er den Newsletter wirklich beziehen wolle, werde er in den Verteiler aufgenommen. Gemäß der Judikatur des Obersten Gerichtshofes sei bereits die Anfrage, ob in Zukunft Werbe-E-Mails übermittelt werden dürfen, als kommerzielle Kommunikation und damit als unzulässig anzusehen (4 Ob 112/99t). Da es sich allerdings hierbei um Telefonwerbung handle, seien die gesamten rechtlichen Ausführungen zum DOI auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht anwendbar und daher unrichtig. Dazu komme, dass der von den Beschwerdeführern gewählte Nachweis, nämlich IP-Adresse und timestamp, auch in dieser Frage dem DOI überlegen sei, da dieser nicht "invasiv" gegenüber dem Kunden sei, also der Kunde dadurch nicht weiter zu dieser Frage in Anspruch genommen werden müsse. Wenn jede Zustimmung zu einem Anruf noch einen zusätzlichen zur Verifizierung der Zustimmung nach sich ziehen würde, wäre dies eine doppelte Belastung der Integrität des Kunden und der öffentlichen Kommunikationsnetze. Daraus folge, dass die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde, dass das DOI ein notwendiges Erfordernis für die Zustimmung und die Abhaltung von Online-Gewinnspielen sei, sowohl der Gesetzeslage als auch der Judikatur widerspreche und daher falsch und nicht anwendbar sei.

3.4.3. Hinsichtlich des DOI müsse auch noch darauf hingewiesen werden, dass die zitierten Feststellungen und die rechtliche Beurteilung einerseits widersprüchlich seien und sich andererseits nur auf elektronische Post bzw. Werbe-E-Mails beziehen würden. Die Ausführungen seien daher nicht auf den gegenständlichen Sachverhalt anwendbar, da es sich hierbei um Telefonanrufe aufgrund von hierfür erteilter Einwilligung handle. Es könne nicht angehen, dass die Beschwerdeführer in potenziell gesetzeswidriger Weise, nämlich in einem Verstoß gegen Paragraph 107, TKG 2003, die Zustimmung durch Werbeanrufe überprüfen hätten sollen. Auch sei bereits ausjudiziert, dass das Nachfragen durch SMS, ob die Zustimmung tatsächlich erfolgt sei oder nicht, bereits elektronische Werbung und damit einen Verstoß im Sinne des Paragraph 107, TKG 2003 darstelle. Die belangte Behörde hätte daher in der rechtlichen Beurteilung darlegen müssen, wieso ein telefonisches Nachfragen kein Verstoß sein solle. Unter einem Opt-In verstehe man nämlich eine Regelung, bei der Werbe-E-Mails oder Anrufe nur zulässig seien, wenn der Empfänger vorher explizit zugestimmt habe, dass er mit dem Anruf oder der Zusendung solcher E-Mails einverstanden sei. Die von der belangten Behörde ausgeführte rechtliche Beurteilung hinsichtlich des DOI beziehe sich auf die Anmeldung zum Newsletter durch ein neutrales noch keine Werbung beinhaltendes E-Mail nach der aus dem Softwarebereich bekannten Devise "Wollen Sie wirklich?". Erst wenn der Interessent bestätige, dass er den Newsletter wirklich beziehen wolle, werde er in den Verteiler aufgenommen. Gemäß der Judikatur des Obersten Gerichtshofes sei bereits die Anfrage, ob in Zukunft Werbe-E-Mails übermittelt werden dürfen, als kommerzielle Kommunikation und damit als unzulässig anzusehen (4 Ob 112/99t). Da es sich allerdings hierbei um Telefonwerbung handle, seien die gesamten rechtlichen Ausführungen zum DOI auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht anwendbar und daher unrichtig. Dazu komme, dass der von den Beschwerdeführern gewählte Nachweis, nämlich IP-Adresse und timestamp, auch in dieser Frage dem DOI überlegen

sei, da dieser nicht "invasiv" gegenüber dem Kunden sei, also der Kunde dadurch nicht weiter zu dieser Frage in Anspruch genommen werden müsse. Wenn jede Zustimmung zu einem Anruf noch einen zusätzlichen zur Verifizierung der Zustimmung nach sich ziehen würde, wäre dies eine doppelte Belastung der Integrität des Kunden und der öffentlichen Kommunikationsnetze. Daraus folge, dass die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde, dass das DOI ein notwendiges Erfordernis für die Zustimmung und die Abhaltung von Online-Gewinnspielen sei, sowohl der Gesetzeslage als auch der Judikatur widerspreche und daher falsch und nicht anwendbar sei.

3.4.4. Die IP-Adresse sowie der timestamp seien daher im Zusammenhang mit der vorliegenden Zustimmungserklärung die besten und am sichersten nachweisbaren Indikatoren und Beweismittel, um eine gültige und rechtmäßige Zustimmung für den Telefonanruf zu belegen. Sie seien wesentlich aussagekräftiger, besser, keinesfalls zufällig generiert oder gar aus dem Telefonbuch abgeschrieben oder gefälscht. Die gesamte rechtliche Beurteilung der belangten Behörde stelle daher lediglich einen Versuch dar, einen Mechanismus (DOI) zu etablieren, der nun einmal gesetzlich nicht vorgeschrieben sei. Die belangte Behörde verweise stets selbst darauf, dass nur mit größter Wahrscheinlichkeit ein Missbrauch zum Teil ausgeschlossen werden könne.

3.4.5. Unrichtig sei ferner auch die rechtliche Schlussfolgerung, dass aus dem Umstand, dass die zweitbeschwerdeführende Partei explizit im Anmeldeformular des betreffenden Gewinnspielveranstalters angeführt sei, abgeleitet werde, dass der Erstbeschwerdeführer vor Durchführung mit dem Betreiber der Homepage vereinbart haben müsse, dass sein Unternehmen bei der Zustimmungserklärung ausdrücklich angeführt werde und damit rechtmäßig korrekte Adressen erhoben werden würden.

3.4.6. An diese unrichtige rechtliche Beurteilung aufgrund eines nicht erhobenen Sachverhaltes schließe sich allerdings die weitere falsche rechtliche Beurteilung an, dass der Erstbeschwerdeführer im Zuge der Vereinbarung hinterfragen hätte müssen, welche Mechanismen eingebaut seien, um zu verhindern, dass fremde Personen wahllos, somit gefälscht, Daten bei Gewinnspielen bekannt geben könnten. Weiters sei die rechtliche Beurteilung unrichtig, dass wenn der Beschwerdeführer dies gemacht hätte, er dahinter gekommen wäre, dass ohne das DOI keine gesetzmäßig korrekte Zustimmungserklärung abgegeben hätten werden können und somit die mit den Gewinnspielen erhaltenen Personendaten für die elektronische Werbung nicht wirklich brauchbar seien.

3.4.7. Es sei daher auch Umstand unzutreffend, dass der Erstbeschwerdeführer nicht nur nachträglich bei dem Anlassfall eine Zustimmungserklärung überprüfen hätte sollen, sondern er dies schon bei der ersten Adresslieferung und dann in bestimmten Zeitabständen stichprobenartig, etwa durch Kontaktaufnahme, machen hätte müssen. Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführer dies regelmäßig und durch Verbesserung ihrer Kontrollen auch gemacht hätten, ändere dies nichts daran, dass ein korrektes Opt-In und damit eine Zustimmung zum Telefonanruf vorgelegen hätten.

3.4.8. Aufgrund der durch die Beschwerdeführer getroffenen Vorkehrungen werde die Telefonwerbung daher ausschließlich gesetzeskonform durchgeführt. In den entsprechenden Vertriebsverträgen werde die Verantwortung der Vertriebspartner vorgesehen. Die Vertriebspartner würden ausdrücklich eigenverantwortlich handeln und sei ihnen diese Verantwortung mittels Vertriebsvertrag übertragen worden. Nichtsdestotrotz würden die Beschwerdeführer die entsprechende Vorgehensweise regelmäßig kontrollieren und auch ihren vertraglich verantwortlichen Vertriebspartnern notwendige Weisungen übertragen. Trotzdem hätten die Beschwerdeführer weder auf die unmittelbar handelnden Täter noch auf die in Frage kommenden Unternehmen rechtliche Einflussmöglichkeiten; der Erstbeschwerdeführer könne insbesondere nicht überprüfen, wie sein Vertriebspartner die entsprechenden an ihn verkauften Adressen erlangt habe, sondern könne lediglich die gesetzlichen Verpflichtungen und Anforderungen daran vertraglich vorgeben.

3.4.9. Gerade aufgrund des Umstandes, dass die Beschwerdeführer den Adressenankauf nunmehr selbst dahingehend vornehmen und stichprobenartig überprüfen würden, ob diese Adressen auch korrekt erhoben worden seien, ergebe sich, dass der Erstbeschwerdeführer seinen Kontrollpflichten und Überwachungsmaßnahmen nachkomme. Ähnliches gelte für das Dailer System, welches ein weiteres probates Kontrollmittel darstelle, um zu verhindern, dass Nummern angerufen werden würden, bei denen keine Zustimmung vorliege. In der vorliegenden Variante könne sich der Erstbeschwerdeführer den Vertriebspartner selbst wählen und auf diesen Einfluss nehmen. Die Auswahl der Adressen, welche ihm zum Verkauf angeboten werden würden, obliege allerdings dem dritten Vertriebspartner. Darauf habe der Erstbeschwerdeführer keinen Einfluss, weshalb die Haftung dafür ausgeschlossen sei. Er sei daher seinen sämtlichen

Verpflichtungen nachgekommen. Dem Erstbeschwerdeführer könne daher auch nicht angelastet werden, ob die entsprechend an ihn verkauften Zustimmungserklärungen nunmehr angebliche Fälschungen seien oder auf welcher Grundlage (DOI oder einfach) sie erhoben worden seien.

3.4.10. Der Adressenankauf werde von den Beschwerdeführern selbst und nicht durch Dritte durchgeführt. Die Sammlung der Adressen erfolge allerdings von unbekannten Unternehmen, mit denen sie in keinerlei Kontakt- und/oder Geschäftsbeziehung stehen würden. Die Kontrolle der Zustimmungserklärungen erfolge durch die Beschwerdeführer selbst und die XXXX. Der korrekte Ablauf der Werbeanrufe werde einerseits wiederum durch die zweitbeschwerdeführende Partei und andererseits auch durch das vertraglich verpflichtete Callcenter überprüft. Ebenso würden die Vertragsabschlüsse durch das Callcenter, einem weiteren dritten Unternehmen sowie die zweitbeschwerdeführende Partei selbst kontrolliert werden. Die Registrierung der Widerrufe und die Führung der Black-List obliege grundsätzlich dem Betreiber der Webseiten, es sei jedoch ein Widerruf direkt beim Callcenter oder sogar bei der zweitbeschwerdeführenden Partei möglich und werde dort registriert. 3.4.10. Der Adressenankauf werde von den Beschwerdeführern selbst und nicht durch Dritte durchgeführt. Die Sammlung der Adressen erfolge allerdings von unbekannten Unternehmen, mit denen sie in keinerlei Kontakt- und/oder Geschäftsbeziehung stehen würden. Die Kontrolle der Zustimmungserklärungen erfolge durch die Beschwerdeführer selbst und die römisch 40 . Der korrekte Ablauf der Werbeanrufe werde einerseits wiederum durch die zweitbeschwerdeführende Partei und andererseits auch durch das vertraglich verpflichtete Callcenter überprüft. Ebenso würden die Vertragsabschlüsse durch das Callcenter, einem weiteren dritten Unternehmen sowie die zweitbeschwerdeführende Partei selbst kontrolliert werden. Die Registrierung der Widerrufe und die Führung der Black-List obliege grundsätzlich dem Betreiber der Webseiten, es sei jedoch ein Widerruf direkt beim Callcenter oder sogar bei der zweitbeschwerdeführenden Partei möglich und werde dort registriert.

3.4.11. In diesem Zusammenhang sei noch völlig offen, ob die Einholung von derartigen Zustimmungserklärungen nicht delegiert werden dürfe, wenngleich dies auch eine vertragliche Auslagerung der entsprechend gesetzlichen Verpflichtungen und Haftungen sei. Es sei nicht begründbar, wieso im gegenständlichen Fall strengere Kriterien an die bloße Zustimmungserklärung geknüpft sein sollten als dies bei privatrechtlichen Erklärungen der Fall sein solle.

3.4.12. Nicht nachvollziehbar und zudem völlig überflüssig sei die rechtliche Beurteilung zur "generellen" erteilten Zustimmung für Anrufe zu Werbezwecken. Eine generelle Zustimmung sei seitens der Beschwerdeführer niemals behauptet worden und würde auch allenfalls nur den Gewinnspielveranstalter betreffen und nicht den Erstbeschwerdeführer, da sogar die entsprechenden Produktgruppen in der Zustimmung genau definiert seien.

3.4.13. Auch die rechtliche Beurteilung und Feststellung, dass der Teilnehmer "niemals" eine gesetzeskonforme Zustimmung zum Erhalt von Werbeanrufen der zweitbeschwerdeführenden Partei erteilt habe, gehe ins Leere und widerspreche einerseits der vorliegenden schriftlichen Zustimmungserklärung und andererseits jeglicher Realität.

3.4.14. Fakt sei, dass die Beschwerdeführer eine einem Unternehmer zumutbarer Sorgfalt aufgewendet hätten, um sicherzustellen, dass beim Zukauf von Adressen stichprobenartig überprüft werde, dass die abgespeicherten Personen tatsächlich eine Zustimmung zum Werbeanruf abgegeben hätten.

3.4.15. Weiters liege auch kein Verschulden der Beschwerdeführer vor. Die Ausführungen der belangten Behörde, dass der Erstbeschwerdeführer kein Vorbringen erstattet habe, welches ein Verschulden ausschließen würde, seien nicht richtig. Abgesehen davon, dass ein Verschulden überhaupt nur dann vorliegen könne, wenn der Verstoß als solches nachgewiesen sei, sei das Verschulden tatsächlich nicht geprüft worden und habe sich die belangte Behörde vor allem nicht damit auseinandergesetzt, ob überhaupt auch nur Fahrlässigkeit vorliege.

Zu einer Überprüfung des Schuldementes gelange man nur, wenn man die vorliegende Einwilligung als tatsächlich unrichtig oder allenfalls sogar gefälscht ansehe. Damit hätte man allerdings auch zuerst den Straftatbestand der Urkundenfälschung prüfen und das Verwaltungsstrafverfahren unterbrechen müssen, zumal offenbar seitens der belangten Behörde zumindest feststehe, dass die Urkundenfälschung nicht den Beschwerdeführern anzulasten sei. Selbst wenn die Zustimmungserklärungen tatsächlich nicht vorliegen sollten, würde man im gegenständlichen Fall zum fehlenden Verschulden hinsichtlich der Beschwerdeführer gelangen, wenn man die Zumutbarkeit der Kontrolle und Überprüfung der zugekauften Adressen rechtlich richtig beurteile. Fakt sei, dass die Beschwerdeführer bei der Sammlung der Adressen keinerlei Einflussmöglichkeiten und damit auch keinerlei Kontrollmöglichkeiten hätten. Den Beschwerdeführern könne daher lediglich ein Auswahlverschulden hinsichtlich ihres Adresshändlers vorgeworfen

werden. Da es sich hierbei allerdings um ein bekanntes renommiertes Schweizer Unternehmen handle, das seit Jahren erfolgreich auch für andere Telekommunikationsunternehmen Tageszeitungen, KFZ-Hersteller, Banken etc., Adressen sammle, sei diese Auswahl den Beschwerdeführern wohl nicht vorwerfbar. Es liege daher weder eine "culpa in eligendo" noch eine "culpa in sciendo" vor. In Bezug auf den Erstbeschwerdeführer wäre lediglich das Vorliegen von Fahrlässigkeit zu überprüfen gewesen. Die Beschwerdeführer hätten ein sehr effektives Kontrollsystem und immer wieder weitere Verbesserungsmaßnahmen vorgenommen und auch sämtliche Haftungen und Verpflichtungen vertraglich zur Gänze ausgelagert.

Würde man nämlich tatsächlich der Rechtsansicht der belangten Behörde folgen, würde dies bedeuten, dass "den letzten die Hunde beißen". Der Adressensammler und der Adresshändler müssten die entsprechende Rechtmäßigkeit der Adressen prüfen, unabhängig davon, ob allenfalls ein DOI gemacht werden müsste oder nicht, ansonsten verbliebe die Haftung damit zur Gänze bei dem letzten Nutzer der gekauften Adressen, obwohl letztendlich der Vorsatz, in diesem Fall falsche Opt-Ins einzusetzen, ausschließlich beim Adressensammler liegen könne. Dies stelle jedenfalls eine Überspannung der Sorgfalts- und Kontrollpflicht dar. So sei der § 107 TKG 2003 allerdings nicht auszulegen. Dazu komme, dass in diesem Fall den Beschwerdeführern aufgrund allfälliger falscher Opt-Ins tatsächlich ein messbarer und erheblicher Schaden entstanden wäre. Natürlich wären auch die betroffenen Kunden in diesem Fall im Sinne eines unerbetenen Anrufes geschädigt, dies jedoch, im Vergleich zum erheblichen Vermögensschaden der Beschwerdeführer, in einem wesentlichen geringeren, wenn auch trotzdem bedauerlichen, Ausmaß. Würde man nämlich tatsächlich der Rechtsansicht der belangten Behörde folgen, würde dies bedeuten, dass "den letzten die Hunde beißen". Der Adressensammler und der Adresshändler müssten die entsprechende Rechtmäßigkeit der Adressen prüfen, unabhängig davon, ob allenfalls ein DOI gemacht werden müsste oder nicht, ansonsten verbliebe die Haftung damit zur Gänze bei dem letzten Nutzer der gekauften Adressen, obwohl letztendlich der Vorsatz, in diesem Fall falsche Opt-Ins einzusetzen, ausschließlich beim Adressensammler liegen könne. Dies stelle jedenfalls eine Überspannung der Sorgfalts- und Kontrollpflicht dar. So sei der Paragraph 107, TKG 2003 allerdings nicht auszulegen. Dazu komme, dass in diesem Fall den Beschwerdeführern aufgrund allfälliger falscher Opt-Ins tatsächlich ein messbarer und erheblicher Schaden entstanden wäre. Natürlich wären auch die betroffenen Kunden in diesem Fall im Sinne eines unerbetenen Anrufes geschädigt, dies jedoch, im Vergleich zum erheblichen Vermögensschaden der Beschwerdeführer, in einem wesentlichen geringeren, wenn auch trotzdem bedauerlichen, Ausmaß.

3.4.16. Jedenfalls hätte die belangte Behörde eine Ermahnung aussprechen "können", da sowohl bei Nichtteilung der Rechtsansicht des Erstbeschwerdeführers ein sehr geringes Verschulden und geringe Auswirkungen vorliegen würden.

3.4.17. Dazu komme, dass die ausgesprochene Geldstrafe jedenfalls viel zu hoch gegriffen sei und zu mindern wäre.

3.5. Aus all diesen Gründen stellen die Beschwerdeführer daher folgende Anträge:

"Das Bundesverwaltungsgericht möge

1. das angefochtene Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Oberösterreich und Salzburg vom 24.02.2015 zur Zahl BMVIT-635.540/0505-III/FBL/2013 gem. § 50 VwGVG aufheben und das Verwaltungsstrafverfahren einstellen; 1. das angefochtene Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Oberösterreich und Salzburg vom 24.02.2015 zur Zahl BMVIT-635.540/0505-III/FBL/2013 gem. Paragraph 50, VwGVG aufheben und das Verwaltungsstrafverfahren einstellen;

2. gem. § 24 Abs. 1 VwGVG eine mündliche Verhandlung anberaumen und das Beweisverfahren neu/ergänzend durchführen; in eventu 2. gem. Paragraph 24, Absatz eins, VwGVG eine mündliche Verhandlung anberaumen und das Beweisverfahren neu/ergänzend durchführen; in eventu

3. das angefochtene Straferkenntnis aufheben und gem. § 45 Abs. 1 Z. 4 VStG eine Ermahnung erteilen; in eventu 3. das angefochtene Straferkenntnis aufheben und gem. Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 4, VStG eine Ermahnung erteilen; in eventu

4. das angefochtene Straferkenntnis aufheben und die Angelegenheit zur neuerlichen Erlassung eines Erkenntnisses an die belangte Behörde zurückverweisen; in eventu

5. die verhängte Strafe (unter Anwendung des § 20 VStG) herabsetzen." 5. die verhängte Strafe (unter Anwendung des Paragraph 20, VStG) herabsetzen."

4. Mit hg am 08.05.2015 eingelangtem Schreiben übermittelte die belangte Behörde den Verwaltungsakt an das Bundesverwaltungsgericht. Ergänzend wurde von der belangten Behörde im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

4.1. Die verfahrensgegenständliche Verwaltungsübertretung sei am 19.09.2013 begangen worden, die Aufforderung zur Rechtfertigung dem Erstbeschwerdeführer am 27.11.2013 zugegangen und das vorliegende Straferkenntnis am 23.02.2015 erlassen worden. Gemäß § 31 Abs. 2 VStG betrage die Strafbarkeitsverjährungsfrist drei Jahre, weshalb nicht davon gesprochen werden könne, dass das Straferkenntnis "gerade noch innerhalb der Verjährung" erlassen worden sei.

4.2. Zum Vorbringen der Beschwerdeführer, dass im Straferkenntnis keine Kosten angeführt worden seien, aber der Gesamtbetrag mit EUR 638,-- fixiert worden sei, obwohl die Höhe der Strafe EUR 580,-- betrage, sei darzulegen, dass bei dem der belangten Behörde vorliegenden Papierausdruck des Straferkenntnisses sehr wohl die Kosten gemäß § 64 VStG mit EUR 58,-- aufscheinen würden. Eine durchgeführte Überprüfung im ELAK-Akt habe nun ergeben, dass diese Kosten aus bisher unerklärlichen Gründen nicht im ELAK-Akt übernommen worden seien, weshalb dem Erstbeschwerdeführer tatsächlich ein Straferkenntnis zugestellt worden sei, in welchem keine Kosten gemäß § 64 VStG angeführt seien. Der Gesamtbetrag im Straferkenntnis von EUR 638,-- ergebe sich aus dem Strafbetrag von EUR 580,-- samt den 10%igen Kosten gemäß § 64 VStG in der Höhe von EUR 58,--.

4.2. Zum Vorbringen der Beschwerdeführer, dass im Straferkenntnis keine Kosten angeführt worden seien, aber der Gesamtbetrag mit EUR 638,-- fixiert worden sei, obwohl die Höhe der Strafe EUR 580,-- betrage, sei darzulegen, dass bei dem der belangten Behörde vorliegenden Papierausdruck des Straferkenntnisses sehr wohl die Kosten gemäß Paragraph 64, VStG mit EUR 58,-- aufscheinen würden. Eine durchgeführte Überprüfung im ELAK-Akt habe nun ergeben, dass diese Kosten aus bisher unerklärlichen Gründen nicht im ELAK-Akt übernommen worden seien, weshalb dem Erstbeschwerdeführer tatsächlich ein Straferkenntnis zugestellt worden sei, in welchem keine Kosten gemäß Paragraph 64, VStG angeführt seien. Der Gesamtbetrag im Straferkenntnis von EUR 638,-- ergebe sich aus dem Strafbetrag von EUR 580,-- samt den 10%igen Kosten gemäß Paragraph 64, VStG in der Höhe von EUR 58,--.

4.3. Es sei weiters unrichtig, dass die belangte Behörde den Teilnehmer nur nach Nutzung einer bestimmten IP-Adresse gefragt und den timestamp außer Acht gelassen habe, weil der Teilnehmer schriftlich gefragt worden sei, ob diese zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt (= der timestamp, der im vorgelegten Gewinnspielformular angeführt worden sei) an einem Online-Gewinnspiel teilgenommen habe. Die Feststellung, wem eine bestimmte IP-Adresse zuzuordnen sei, sei durch Anfrage dieser konkreten IP-Adresse im Internet erfolgt, wobei der betreffende Auszug im Akt aufscheine.

4.4. Wie aus dem vom Erstbeschwerdeführer vorgelegten Online-Registrierungsformular hervorgehe, seien dort explizit die Daten der zweitbeschwerdeführenden Partei angeführt gewesen. Daher müsse der Erstbeschwerdeführer entweder direkt oder indirekt über die XXXX mit dem Online-Gewinnspielveranstalter Kontakt gehabt haben, weil ohne einen solchen Kontakt deren Daten auf den Anmeldeformularen nicht aufgedruckt gewesen wären.

4.4. Wie aus dem vom Erstbeschwerdeführer vorgelegten Online-Registrierungsformular hervorgehe, seien dort explizit die Daten der zweitbeschwerdeführenden Partei angeführt gewesen. Daher müsse der Erstbeschwerdeführer entweder direkt oder indirekt über die römisch 40 mit dem Online-Gewinnspielveranstalter Kontakt gehabt haben, weil ohne einen solchen Kontakt deren Daten auf den Anmeldeformularen nicht aufgedruckt gewesen wären.

4.5. Es entspreche nicht der Wahrheit, dass die belangte Behörde im Straferkenntnis angeführt habe, dass der Erstbeschwerdeführer durch telefonisches Nachfragen bei den Teilnehmern des Gewinnspiels die tatsächliche Teilnahme am Gewinnspiel überprüfen hätte sollen, sondern sei im Straferkenntnis (Seite 8, 2. Absatz) ausgeführt worden, dass der Erstbeschwerdeführer bei der ersten Adresslieferung und dann in bestimmten Zeitabständen stichprobenartig, etwa durch Kontaktaufnahme mit einigen in dieser Datei abgespeicherten Personen, überprüfen hätte sollen, ob diese Personen durch die Teilnahme am besagten Online-Gewinnspiel tatsächlich die Zustimmung zum Erhalt von Werbeanrufen bzw. Werbe-E-Mails durch die zweitbeschwerdeführende Partei abgegeben hätten. Die belangte Behörde habe dabei an ein "normales", mit der Post versendetes Schreiben, mit welchem der ausgewählten Person das entsprechende Online-Registrierungsformular übermittelt werde, gedacht. Ein "telefonisches Nachfragen" hätte die belangte Behörde nie vorgeschlagen, weil vom Verwaltungsgerichtshof bereits vor einiger Zeit festgestellt worden sei, dass schon die alleinige telefonische Frage, ob telefonische Werbung gewünscht werde, eine Übertretung nach § 107 TKG 2003 darstelle.

4.5. Es entspreche nicht der Wahrheit, dass die belangte Behörde im Straferkenntnis

angeführt habe, dass der Erstbeschwerdeführer durch telefonisches Nachfragen bei den Teilnehmern des Gewinnspiels die tatsächliche Teilnahme am Gewinnspiel überprüfen hätte sollen, sondern sei im Straferkenntnis (Seite 8, 2. Absatz) ausgeführt worden, dass der Erstbeschwerdeführer bei der ersten Adresslieferung und dann in bestimmten Zeitabständen stichprobenartig, etwa durch Kontaktaufnahme mit einigen in dieser Datei abgespeicherten Personen, überprüfen hätte sollen, ob diese Personen durch die Teilnahme am besagten Online-Gewinnspiel tatsächlich die Zustimmung zum Erhalt von Werbeanrufen bzw. Werbe-E-Mails durch die zweitbeschwerdeführende Partei abgegeben hätten. Die belangte Behörde habe dabei an ein "normales", mit der Post versendetes Schreiben, mit welchem der ausgewählten Person das entsprechende Online-Registrierungsformular übermittelt werde, gedacht. Ein "telefonisches Nachfragen" hätte die belangte Behörde nie vorgeschlagen, weil vom Verwaltungsgerichtshof bereits vor einiger Zeit festgestellt worden sei, dass schon die alleinige telefonische Frage, ob telefonische Werbung gewünscht werde, eine Übertretung nach Paragraph 107, TKG 2003 darstelle.

4.6. Dem Vorbringen der Beschwerdeführer, dass die Vertriebspartner ausdrücklich eigenverantwortlich handeln würden und ihnen diese Verantwortung mittels Vertriebsvertrag überbunden worden sei, werde entgegengehalten, dass der UVS Tirol in seinem Erkenntnis vom 01.07.2010, uvs-2009/13/0953-4, festgestellt habe, dass der den Werbeanruf tätigende Mitarbeiter eines anderen Unternehmens als Beauftragter bzw. Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers zu betrachten und dessen Handlung dem Auftraggeber zuzurechnen seien. Wie im Straferkenntnis bereits angeführt worden sei, habe der Erstbeschwerdeführer aufgrund der dort angeführten Merkmale die Tätigkeit des Mitarbeiters des türkischen Callcenters zu verantworten.

4.7. Zusammenfassend müsse noch einmal festgehalten werden, dass der Erstbeschwerdeführer die notwendigen Sorgfalts- und Kontrollpflichten außer Acht gelassen habe, weil er nicht durch stichprobenartige Kontrollen überprüft habe, ob die Personen in den ihm durch die XXXX übermittelten Adressdateien, tatsächlich eine Zustimmung zum Erhalt von Werbeanrufen und elektronischer Post durch die zweitbeschwerdeführende Partei abgegeben hätten. Hätte der Erstbeschwerdeführer, so wie es der Verwaltungsgerichtshof vorschreibe, diese Überprüfung vorgenommen, hätte er schon am Beginn des Vertragsverhältnisses zur XXXX festgestellt, dass von einigen in der von der XXXX vorgelegten Adressdatei angeführten Personen keine gültige Zustimmung zum Erhalt von Werbeanrufen durch die zweitbeschwerdeführende Partei abgegeben worden sei. Er hätte daraufhin einerseits Schadenersatz bezüglich der bereits bezahlten Adressen von der XXXX fordern und andererseits das Vertragsverhältnis zur XXXX kündigen können. Eine vertragliche Vereinbarung, dass die XXXX nur dem TKG 2003 entsprechende Adressen liefern dürfe, könne eine oben dargelegte Kontrollpflicht des Erstbeschwerdeführers nicht ersetzen. Gerade aufgrund der Verfahren im Jahr 2008 hätte der Erstbeschwerdeführer diese Kontrollpflicht exakt durchführen müssen.

4.7. Zusammenfassend müsse noch einmal festgehalten werden, dass der Erstbeschwerdeführer die notwendigen Sorgfalts- und Kontrollpflichten außer Acht gelassen habe, weil er nicht durch stichprobenartige Kontrollen überprüft habe, ob die Personen in den ihm durch die römisch 40 übermittelten Adressdateien, tatsächlich eine Zustimmung zum Erhalt von Werbeanrufen und elektronischer Post durch die zweitbeschwerdeführende Partei abgegeben hätten. Hätte der Erstbeschwerdeführer, so wie es der Verwaltungsgerichtshof vorschreibe, diese Überprüfung vorgenommen, hätte er schon am Beginn des Vertragsverhältnisses zur römisch 40 festgestellt, dass von einigen in der von der römisch 40 vorgelegten Adressdatei angeführten Personen keine gültige Zustimmung zum Erhalt von Werbeanrufen durch die zweitbeschwerdeführende Partei abgegeben worden sei. Er hätte daraufhin einerseits Schadenersatz bezüglich der bereits bezahlten Adressen von der römisch 40 fordern und andererseits das Vertragsverhältnis zur römisch 40 kündigen können. Eine vertragliche Vereinbarung, dass die römisch 40 nur dem TKG 2003 entsprechende Adressen liefern dürfe, könne eine oben dargelegte Kontrollpflicht des Erstbeschwerdeführers nicht ersetzen. Gerade aufgrund der Verfahren im Jahr 2008 hätte der Erstbeschwerdeführer diese Kontrollpflicht exakt durchführen müssen.

5. Am 03. und 04.05.2016 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an welcher ua der Erstbeschwerdeführer (BF1), die zweitbeschwerdeführende Partei (BF2), deren Rechtsvertreterin (RV) sowie ein Vertreter der belangten Behörde (BehV) teilnahmen. In der Verhandlung wurde XXXX (Z7) als Zeuge einvernommen. Im Rahmen der Verhandlung wurde auszugsweise Folgendes erörtert:

5. Am 03. und 04.05.2016 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an welcher ua der Erstbeschwerdeführer (BF1), die zweitbeschwerdeführende Partei (BF2), deren Rechtsvertreterin Regierungsvorlage sowie ein Vertreter der belangten Behörde (BehV) teilnahmen. In der Verhandlung wurde römisch 40 (Z7) als Zeuge einvernommen. Im Rahmen der Verhandlung wurde auszugsweise Folgendes erörtert:

"[...]

1) Befragung des BF1:

[...]

a) Zu den Anrufen:

VR: Die Durchführung von Werbeanrufen für die BF2 wurde ausgelagert? An wen?

BF1: Wir arbeiten mit 2 Call Centern, die in der XXXX ansässig sind. Bei Z1 und Z3 war jeweils das Call Center mit dem Namen XXXX im Einsatz. BF1: Wir arbeiten mit 2 Call Centern, die in der römisch 40 ansässig sind. Bei Z1 und Z3 war jeweils das Call Center mit dem Namen römisch 40 im Einsatz.

VR: Auf der Grundlage welcher Vereinbarung? Wer sind die Vertragsparteien?

BF1: Es werden mehrere tausend Anrufe pro Tag geführt. Wir haben mit beiden Unternehmen gute Erfahrungen und arbeiten mit ihnen schon rund 10 Jahre zusammen. Vertragspartner der beiden Unternehmen ist jeweils die BF2. Diese Vorgehensweise ist in der Telekommunikationsbranche üblich.

VR: Von wem erhält dieses Unternehmen die Information/den Auftrag, welche Personen anzurufen sind?

BF1: Wir kaufen Adressen von Adresshändlern ein, die in einem geschlossenen System an die Call Center weitergeleitet werden. Die in das System eingespeisten Daten sind für den Dritten unveränderbar. Der Adresssatz wird von uns unverändert so an unsere Vertragspartner - im Wege eines Servers werden diese Daten zur Verfügung gestellt - übergeben wie er uns geliefert wurde. Der Agent kriegt automatisiert vom System die Anrufe zugeteilt.

VR: Wie war es in den verfahrensgegenständlichen Fällen?

BF1: Ich gehe davon aus, dass es in diesen Fällen so gelaufen ist, wie geschildert.

[...]

VR: Gibt es Fragen?

RV: Kann das Call Center zugreifen auf die Software der BF2? Regierungsvorlage, Kann das Call Center zugreifen auf die Software der BF2?

BF1: Nein, können sie nicht.

RV: Wie kommt es zu einem Vertragsabschluss mit einem Kunden? Regierungsvorlage, Wie kommt es zu einem Vertragsabschluss mit einem Kunden?

BF1: Hierzu gibt es konkrete Vorgaben von uns. Der Vorgang wird von einem externen Anbieter (XXXX) auch nochmals verifiziert (mittels eines Voice Files). BF1: Hierzu gibt es konkrete Vorgaben von uns. Der Vorgang wird von einem externen Anbieter (römisch 40) auch nochmals verifiziert (mittels eines Voice Files).

RV: Welche Vorgaben gibt es für die Gespräche? Regierungsvorlage, Welche Vorgaben gibt es für die Gespräche?

BF1: Hier gibt es ganz strikte Vorgaben. Die Einhaltung dieser werden von uns alle 14 Tage geprüft.

BB: Wie funktioniert das mit der Anrufernummer?

BF1: Der Agent kann sie aus einer bestehenden Liste wählen. Damit meine ich die Nummer der Teilnehmer. Für beide Call Center gibt es dieselbe Anrufernummer der BF2. Der Angerufene weiß also nicht, dass es sich beim Anrufer um einen Call Agent aus der XXXX handelt sondern er geht davon aus, dass es sich um die BF2 handelt. BF1: Der Agent kann sie aus einer bestehenden Liste wählen. Damit meine ich die Nummer der Teilnehmer. Für beide Call Center gibt es dieselbe Anrufernummer der BF2. Der Angerufene weiß also nicht, dass es sich beim Anrufer um einen Call Agent aus der römisch 40 handelt sondern er geht davon aus, dass es sich um die BF2 handelt.

BB: Wie läuft die Abrechnung mit dem Call Center ab?

BF1: Hierfür gibt es eine Pauschale, um den Provisionsdruck zu nehmen.

Der RV werden die Unterlagen aus beiden verfahrensgegenständlichen Akten zur IP Adresse sowie zur Anrufernummer ausgedruckt. Der Regierungsvorlage werden die Unterlagen aus beiden verfahrensgegenständlichen Akten zur IP Adresse sowie zur Anrufernummer ausgedruckt.

BB: Festgehalten wird zu Z3, dass dieser im Verfahren angegeben hat, dass bei ihm keine Rufnummer des Anrufers aufscheint, weshalb keine Stammdatenerhebung durch die BB durchgeführt wurde.

b) Zu den Einwilligungen:

VR: Woher kommen die Daten in den verfahrensgegenständlichen Fällen?

BF1: In dem Fall haben wir sie von der XXXX zugekauft. Wir arbeiten seit längerer Zeit (ca. zehn Jahre) mit dieser und haben ca. 2,5 Mio. Adressen gekauft mit ganz klaren Vorgaben. Diese Adressen werden von der XXXX für uns generiert. Wir zahlen dafür auch einen entsprechend hohen Preis. Unsere Anforderungen sind: BF1: In dem Fall haben wir sie von der römisch 40 zugekauft. Wir arbeiten seit längerer Zeit (ca. zehn Jahre) mit dieser und haben ca. 2,5 Mio. Adressen gekauft mit ganz klaren Vorgaben. Diese Adressen werden von der römisch 40 für uns generiert. Wir zahlen dafür auch einen entsprechend hohen Preis. Unsere Anforderungen sind:

Festnetznummern, weil wir verkaufen das Produkt Festnetz.

Über welche Portale die Adressen generiert werden (z.B. XXXX.at) entscheidet die XXXX selbst, welche für uns ein sehr seriöser Partner ist. Über welche Portale die Adressen generiert werden (z.B. römisch 40 .at) entscheidet die römisch 40 selbst, welche für uns ein sehr seriöser Partner ist.

VR: Prüfen Sie, ob tatsächlich Einwilligungen im Einzelfall vorliegen?

BF1: Nein.

VR: Wann fordern Sie Belege hinsichtlich der Einwilligungen an? Wie sehen diese aus? So wie die im Verfahren vorgelegten?

BF1: Wir fordern dann an, wenn die Anfrage von der BB kommt. Dieser Beleg sieht immer so aus wie die im Akt enthaltene 'Online Registrierung von Privatpersonen'. So war es auch in den konkreten Fällen.

VR: Die vorgelegte Anruferlaubnis weist keine E-Mail-Adresse auf, obwohl diese auf der Website bei der Teilnahme am Gewinnspiel verpflichtend einzugeben ist. Haben Sie diese Vorgehensweise beim Adressenlieferanten hinterfragt?

BF1: Nein. Weil wir die E-Mail Adressen normalerweise nicht benötigen. Diese Onlineregistrierung hat den Zweck die Einwilligung zu belegen und enthält die Daten für die wir bezahlt haben. Es könnte sein, dass uns die E-Mail Adresse auch deshalb nicht übermittelt wird, weil wir dafür nicht bezahlen, und ich vermute, dass für die E-Mail Adresse ein weiterer Betrag zu bezahlen wäre.

VR: Gibt es Fragen des BehV/RV?

RV: Ich beziehe mich auf die Auftragsbestätigung 20262. Hier steht ausdrücklich, dass die XXXX nur Daten liefern darf, für die eine Zustimmung nach TKG 2003 vorliegt. Regierungsvorlage, Ich beziehe mich auf die Auftragsbestätigung 20262. Hier steht ausdrücklich, dass die römisch 40 nur Daten liefern darf, für die eine Zustimmung nach TKG 2003 vorliegt.

BF1: Das sind wesentliche Vertragsinhalte, auf die wir im Vorfeld achten und besonderen Wert legen.

RV: Die XXXX ist im Ausland ansässig. Haben Sie diese über die österreichischen Bestimmungen informiert? Regierungsvorlage, Die römisch 40 ist im Ausland ansässig. Haben Sie diese über die österreichischen Bestimmungen informiert?

BF1: Ja. Zudem sind wir nicht der einzige österreichische Kunde der XXXX. Konkret wurde die XXXX von mir persönlich informiert und auch von XXXX unserem Vertriebsleiter, der in der Auftragsbestätigung auch namentlich erwähnt ist. BF1: Ja. Zudem sind wir nicht der einzige österreichische Kunde der römisch 40. Konkret wurde die römisch 40 von mir persönlich informiert und auch von römisch 40 unserem Vertriebsleiter, der in der Auftragsbestätigung auch namentlich erwähnt ist.

RV: Welche Konsequenzen gibt es für die XXXX, wenn sie 'mangelhafte' Daten liefert? Regierungsvorlage, Welche Konsequenzen gibt es für die römisch 40, wenn sie 'mangelhafte' Daten liefert?

BF1: Wir haben eine Pönale vereinbart. Wie in der Vereinbarung ersichtlich.

RV: Ist dieser von der XXXX vorgelegte Beleg von Ihnen irgendwie manipulierbar? Regierungsvorlage, Ist dieser von der römisch 40 vorgelegte Beleg von Ihnen irgendwie manipulierbar?

BF1: Nein.

RV: Sehen Sie das entsprechende Portal, über welches die Daten gesammelt wurden, das erste Mal bei diesem Beleg?Regierungsvorlage, Sehen Sie das entsprechende Portal, über welches die Daten gesammelt wurden, das erste Mal bei diesem Beleg?

BF1: Das kann ich nicht zu 100 % beantworten.

Der Einwilligungstext wird von uns vorgegeben. Diesen Text schicken wir der XXXX. Diesen Text geben wir der XXXX vor, aber - wie gesagt - nicht das konkrete Portal. Das Datenmaterial bekommen wir elektronisch auf einen Server gestellt.Der Einwilligungstext wird von uns vorgegeben. Diesen Text schicken wir der römisch 40 . Diesen Text geben wir der römisch 40 vor, aber - wie gesagt - nicht das konkrete Portal. Das Datenmaterial bekommen wir elektronisch auf einen Server gestellt.

RV: Die BB wirft Ihnen vor, dass Sie diese Einwilligungen nicht überprüft haben. Wäre dies überhaupt möglich?Regierungsvorlage, Die BB wirft Ihnen vor, dass Sie diese Einwilligungen nicht überprüft haben. Wäre dies überhaupt möglich?

BF1: Dies wäre technisch wohl irgendwie möglich.

Aber wir haben uns zu folgender Vorgehensweise entschieden: ich gebe die Aufgabe einem Professionisten und zahle viel Geld dafür. Ich gehe davon aus, dass die gelieferten Daten den Anforderungen entsprechen. Ich sehe das nicht als meine Aufgabe, hier nachzuprüfen.

RV: Wissen Sie, ob andere Unternehmen auch diese Vorgehensweise wählen?Regierungsvorlage, Wissen Sie, ob andere Unternehmen auch diese Vorgehensweise wählen?

BF1: Ich kenne keinen einzigen, der dies überprüft; das wäre finanziell nicht tragbar. Auch wurden wir von der XXXX nicht darauf hingewiesen oder aufgefordert, ihre Daten stichprobenartig zu überprüfen.BF1: Ich kenne keinen einzigen, der dies überprüft; das wäre finanziell nicht tragbar. Auch wurden wir von der römisch 40 nicht darauf hingewiesen oder aufgefordert, ihre Daten stichprobenartig zu überprüfen.

RV: Welche Vorkehrungen werden getroffen, wenn ein konkreter Anrufer nicht angerufen werden möchten?Regierungsvorlage, Welche Vorkehrungen werden getroffen, wenn ein konkreter Anrufer nicht angerufen werden möchten?

BF1: Dieser wird auf einer Black List vermerkt; konkret erfolgt der Vermerk durch Drücken eines Knopfes durch den jeweiligen Call Agent.

BB: Betreibt die XXXX die Internetplattformen, auf welchen die Daten gesammelt werden?BB: Betreibt die römisch 40 die Internetplattformen, auf welchen die Daten gesammelt werden?

BF1: Darüber bin ich nicht informiert. Wie bereits ausgeführt, weiß ich im Vorhinein nicht, über welche Portale die Adressen beschafft werden. Ich sehe dies im Nachhinein an Hand der vorgelegten Bestätigungen.

Den Parteien werden Kopien der Eingabe des Z2 vom 26.04.2016 ausgehändigt.

[...]

VR: Geben Sie der XXXX oder sonst jemandem konkrete Anweisungen, wie Einwilligungen eingeholt werden müssen?VR: Geben Sie der römisch 40 oder sonst jemandem konkrete Anweisungen, wie Einwilligungen eingeholt werden müssen?

BF1: Wir geben keine Anweisungen im Hinblick auf Double-Opt-In und auch darüber hinaus geben wir keine konkreten Anweisungen; z.B. dass Unterschriften erforderlich sind oder ähnliches.

RV: Könnte man auch im postalischen Weg gewonnene Opt-Ins kaufen?Regierungsvorlage, Könnte man auch im postalischen Weg gewonnene Opt-Ins kaufen?

BF1: Das gibt es sicher. Aber wir haben uns dafür entschieden es auszulagern und an einen Professionisten zu übergeben.

RV: Würde sich der Preis ändern, wenn Sie handschriftliche Unterschriften fordern würden?Regierungsvorlage, Würde sich der Preis ändern, wenn Sie handschriftliche Unterschriften fordern würden?

BF1: Davon gehe ich aus. Man muss auch auf die Kosten schauen. Für einen durchgeführten Anruf sind regelmäßig 30 Adressen nötig. Die 29 nicht verwendeten Adressen fallen wieder ins System zurück und werden so zu einem späteren, möglicherweise deutlich späteren, Zeitpunkt verwendet.

BB: Wann haben Sie einen Beleg der XXXX zum ersten Mal gesehen? BB: Wann haben Sie einen Beleg der römisch 40 zum ersten Mal gesehen?

BF1: Das kann ich nicht beantworten.

BB: Schauen Sie sich diese Unterlagen sorgfältig an?

BF1: Wir haben uns diese Einwilligungen aus Anlass von Anfragen durch die BB angesehen und sind zum Ergebnis gekommen, dass dies so unseren Vorgaben und damit den rechtlichen Rahmenbedingungen entspricht.

BB: Wozu dient der Sicherheitscode auf der Website?

BF1: Der ist meines Wissens dazu da, dass sich der Adresssatz nicht verschieben kann.

BB: Wozu dient der Time Stamp in den konkreten Verfahren?

BF1: Das kann ich nicht beantworten.

BB: Haben Sie sich überlegt, ob Missbrauchsmöglichkeiten ausgeschlossen sind (Eintragung der Daten von Dritten)?

BF1: Ich gehe nicht davon aus, dass das meine Aufgabe ist. Das Double Opt in verwende ich nicht weil es in Österreich nicht gesetzlich vorgesehen ist.

[...]

RV: Was ist der Unterschied zwischen flexiblen und stationären IP Adressen? Regierungsvorlage, Was ist der Unterschied zwischen flexiblen und stationären IP Adressen?

BF1: Eine fixe IP Adresse wird einem Unternehmen vergeben. Nicht statische Adressen werden dem ‚Rest‘ vergeben. Diese ändern sich abhängig vom Netzbetreiber z.B. stündlich.

RV: Woher ergibt sich die IP Adresse auf den Belegen? Regierungsvorlage, Woher ergibt sich die IP Adresse auf den Belegen?

BF1: Das ist abhängig von der Frequenz und wird von den Netzbetreibern gesteuert.

RV: Z1 hat angegeben er ist bei XXXX. Wie erklärt sich die IP Adresse auf seinem Beleg? Regierungsvorlage, Z1 hat angegeben er ist bei römisch 40. Wie erklärt sich die IP Adresse auf seinem Beleg?

BF1: XXXX ist ein Partnerunternehmen der XXXX. Kurz gefasst kann man sagen: Jeder Netzbetreiber arbeitet mit jedem. BF1: römisch 40 ist ein Partnerunternehmen der römisch 40. Kurz gefasst kann man sagen: Jeder Netzbetreiber arbeitet mit jedem.

RV: Inwieweit ist die IP Adresse rückverfolgbar? Regierungsvorlage, Inwieweit ist die IP Adresse rückverfolgbar?

BF1: Die Treffsicherheit ist relativ hoch. Aber die Möglichkeit liegt bei 30 bis 40 %, dass eine andere IP Adresse zugeordnet wird. Es kann netzfremd sein, muss aber nicht sein.

RV: Für Sie ist sie ausreichend als Beleg, dass am angegebenen Tag die angegebenen Daten von der jeweiligen Person eingegeben wurden. Regierungsvorlage, Für Sie ist sie ausreichend als Beleg, dass am angegebenen Tag die angegebenen Daten von der jeweiligen Person eingegeben wurden.

BF1: Ja. Missbrauch im Einzelfall ist nicht ausschließbar. Ich möchte mich nicht in die gleiche Schublade stecken lassen mit anderen Anbietern. Wir bemühen uns sehr die entsprechenden Vorkehrungen zu treffen. Wir haben mehr gemacht als gesetzlich vorgesehen ist. Ein Double-Opt-In ist teurer.

[...]

a) Befragung des BF1:

VR: Bestreiten Sie das Faktum des Anrufers in den den 7 Straferkenntnissen zugrunde liegenden Fällen?

RV: Zu 2107065 und zu 2107044 wird der Anruf bestritten. Regierungsvorlage, Zu 2107065 und zu 2107044 wird der Anruf bestritten.

VR: Wie werden Anrufprotokolle erstellt?

RV: Sie werden im notwendigen Fall von der XXXX angefordert und vom Callcenter erstellt. Regierungsvorlage, Sie werden im notwendigen Fall von der römisch 40 angefordert und vom Callcenter erstellt.

VR: Gab es in den konkreten Fällen Einwilligungen?

RV: Ich verweise dazu auf den Beleg der XXXX. Regierungsvorlage, Ich verweise dazu auf den Beleg der römisch 40 .

[...]

Zu W120 2107072-1, 2107562-1, Anruf an XXXX am 19.09.2013, um 11.50 Uhr. Zu W120 2107072-1, 2107562-1, Anruf an römisch 40 am 19.09.2013, um 11.50 Uhr

Befragung des Z7:

[...]

VR: Haben Sie am 13.12.2011 über die Webseite <http://www.XXXX.at> ihre Daten eingegeben und eine Einverständniserklärung zugunsten der BF2 angeklickt? (siehe den beiliegenden Ausdruck der eingegebenen Daten)

Z7: Ich habe das schriftlich mitgeteilt. Das müsste aktenkundig sein. Ich kann es nicht beschwören, aber ich glaube nicht.

VR: Stimmen die Daten auf diesem Ausdruck?

Z7: Die Daten stimmen.

RV: Internet-Anschluss haben Sie? Regierungsvorlage, Internet-Anschluss haben Sie?

Z7: Bei XXXX. Ja. Z7: Bei römisch 40 . Ja.

RV: Nützen Sie das Internet auch für Online-Bestellungen? Regierungsvorlage, Nützen Sie das Internet auch für Online-Bestellungen?

Z7: Ja. Ich bin mit dem Internet vertraut und bestelle beispielsweise auch von Zeit zu Zeit im Internet.

RV: Füllen sie für sich, Ihre Frau oder Ihre Kinder etwas aus? Regierungsvorlage, Füllen sie für sich, Ihre Frau oder Ihre Kinder etwas aus?

Z7: Wenn, dann nur für mich. Die Angabe, dass die Daten auch für Werbezwecke verwendet werden, streiche ich, sofern das möglich ist, immer durch.

RV: Bekommen Sie am Telefon Werberufe? Regierungsvorlage, Bekommen Sie am Telefon Werberufe?

Z7: Ja, laufend. Die Anruferin hat sehr undeutlich gesagt, wer das ist, ich habe angenommen, dass eine Servicemitarbeiterin der XXXX anruft. Die Anzeige bei der Fernmeldebehörde war eine Ausnahme. Z7: Ja, laufend. Die Anruferin hat sehr undeutlich gesagt, wer das ist, ich habe angenommen, dass eine Servicemitarbeiterin der römisch 40 anruft. Die Anzeige bei der Fernmeldebehörde war eine Ausnahme.

RV: Fragen Sie nach, woher sie Ihre Daten haben? Regierungsvorlage, Fragen Sie nach, woher sie Ihre Daten haben?

Z7: Soweit es geht, frage ich nach. Ich bekomme aber keine Antworten, woher die Telefonnummern sind.

BehV: Die Daten, die Ihnen der R vorgelesen hat, stehen diese im öffentlichen Telefonbuch?

Z7: Ja, natürlich.

[...]"

6. Die Niederschrift der mündlichen Verhandlung wurde der belangten Behörde und den Beschwerdeführern mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichtes vom 09.05.2016 zur Kenntnis übermittelt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen. römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Telefonmarketing-System der zweitbeschwerdeführenden Partei:

1.1.1. Anrufe:

Zur Durchführung von Telefonmarketing beauftragte die zweitbeschwerdeführende Partei zwei in der XXXX ansässige Call Center. Zur Durchführung von Telefonmarketing beauftragte die zweitbeschwerdeführende Partei zwei in der römisch 40 ansässige Call Center.

Die erforderlichen Daten erhalten die Call Center in der Weise, dass die zweitbeschwerdeführende Partei Daten von Adresshändlern einkauft, welche dann in einem geschlossenen System an die Call Center weitergeleitet werden. Diese Daten sind für Dritte unveränderbar und werden auch unverändert von der zweitbeschwerdeführenden Partei an die Call Center im Wege eines Servers zur Verfügung gestellt. Der jeweilige Agent bekommt vom System automatisiert die Anrufe zugeteilt.

Für die Anrufe gibt die zweitbeschwerdeführende Partei Gesprächsvorgaben vor, deren Einhaltung von der zweitbeschwerdeführenden Partei alle 14 Tage geprüft wird.

Die Anrufe werden ausgehend von der Nummer XXXX, welche der zweitbeschwerdeführenden Partei gehört, geführt. Die Anrufe werden ausgehend von der Nummer römisch 40, welche der zweitbeschwerdeführenden Partei gehört, geführt.

1.1.2. Einwilligungen:

Die für die Anrufe erforderlichen Daten kauft die zweitbeschwerdeführende Partei von der XXXX. Mit diesem Unternehmen arbeitet die zweitbeschwerdeführende Partei seit ca. zehn Jahren zusammen. Die für die Anrufe erforderlichen Daten kauft die zweitbeschwerdeführende Partei von der römisch 40. Mit diesem Unternehmen arbeitet die zweitbeschwerdeführende Partei seit ca. zehn Jahren zusammen.

Die zweitbeschwerdeführende Partei stellt hierbei die Anforderung, dass Festnetznummern, für welche auf elektronischem Wege über Websites Einwilligungen zur Verwendung zwecks Telefonmarketings eingeholt werden, geliefert werden. Der auf den Websites angeführte Einwilligungstext wird der XXXX von der zweitbeschwerdeführenden Partei vorgegeben. Nicht vorgegeben wird von der zweitbeschwerdeführenden Partei, über welche Websites die Daten generiert werden sollen. Die zweitbeschwerdeführende Partei stellt hierbei die Anforderung, dass Festnetznummern, für welche auf elektronischem Wege über Websites Einwilligungen zur Verwendung zwecks Telefonmarketings eingeholt werden, geliefert werden. Der auf den Websites angeführte Einwilligungstext wird der römisch 40 von der zweitbeschwerdeführenden Partei vorgegeben. Nicht vorgegeben wird von der zweitbeschwerdeführenden Partei, über welche Websites die Daten generiert werden sollen.

Die XXXX wurde vom Erstbeschwerdeführer sowie vom Vertriebsleiter der zweitbeschwerdeführenden Partei über die Anforderungen des TKG 2003 informiert. Anweisungen dahingehend, dass ein Double-Opt-In oder die Einholung von Unterschriften der einwilligenden Personen erforderlich ist, wurden der XXXX von der zweitbeschwerdeführenden Partei nicht gegeben. Die römisch 40 wurde vom Erstbeschwerdeführer sowie vom Vertriebsleiter der zweitbeschwerdeführenden Partei über die Anforderungen des TKG 2003 informiert. Anweisungen dahingehend, dass ein Double-Opt-In oder die Einholung von Unterschriften der einwilligenden Personen erforderlich ist, wurden der römisch 40 von der zweitbeschwerdeführenden Partei nicht gegeben.

Am 19.04.2011 schloss die zweitbeschwerdeführende Partei mit der XXXX eine Vereinbarung. Am 19.04.2011 schloss die zweitbeschwerdeführende Partei mit der römisch 40 eine Vereinbarung.

Kommt es zu Ermittlungen der belangten Behörde in Hinblick auf die Einhaltung des § 107 TKG 2003, fordert die zweitbeschwerdeführende Partei bei der XXXX Belege hinsichtlich der eingeholten Einwilligungen in den betreffenden Fällen an. Als Beleg erhält die zweitbeschwerdeführende Partei ein als "Online-Registrierung von Privatpersonen Erhebung einer Anruferlaubnis für Telefonmarketing" betitelttes Dokument, welches insbesondere Informationen zur Website, auf welcher die Einwilligung eingeholt wurde, sowie Kundendetails (u.a. Name, Adresse, Telefonnummer) und den Zeitpunkt der Eintragung der Daten auf der Website enthält. Kommt es zu Ermittlungen der belangten Behörde in Hinblick auf die Einhaltung des Paragraph 107, TKG 2003, fordert die zweitbeschwerdeführende Partei bei der römisch 40 Belege hinsichtlich der eingeholten Einwilligungen in den betreffenden Fällen an. Als Beleg erhält die zweitbeschwerdeführende Partei ein als "Online-Registrierung von Privatpersonen Erhebung einer Anruferlaubnis für Telefonmarketing" betitelttes Dokument, welches insbesondere Informationen zur Website, auf welcher die Einwilligung eingeholt wurde, sowie Kundendetails (u.a. Name, Adresse, Telefonnummer) und den Zeitpunkt der Eintragung der Daten auf der Website enthält.

Die zweitbeschwerdeführende Partei prüft nicht nach, ob bei den gelieferten Daten tatsächlich Einwilligungen vorliegen. Sie zahlt entsprechend dafür, dass die gelieferten Daten ihren Anforderungen entsprechen.

1.2. Zum verfahrensgegenständlichen Anruf:

Am 19.09.2013 um 11:50 Uhr wurde der Teilnehmer im Auftrag der zweitbeschwerdeführenden Partei unter Verwendung der im angefochtenen Straferkenntnis angeführten Nummer angerufen. Im Rahmen des Gesprächs wurde dem Teilnehmer ein günstiger Telefontarif der zweitbeschwerdeführenden Partei angeboten.

Dieser Anruf wurde im Rahmen des unter II.1.1. dargestellten grundsätzlichen Telefonmarketing-Systems der zweitbeschwerdeführenden Partei vorgenommen. Dieser Anruf wurde im Rahmen des unter römisch zwei.1.1. dargestellten grundsätzlichen Telefonmarketing-Systems der zweitbeschwerdeführenden Partei vorgenommen.

1.3. Zur verfahrensgegenständlichen Einwilligung:

Die vorliegenden Daten sind Teil der von der XXXX zugekauften Daten (vgl. dazu grundsätzlich II.1.2.). Die vorliegenden Daten sind Teil der von der römisch 40 zugekauften Daten vergleiche dazu grundsätzlich römisch zwei.1.2.).

Es kann nicht festgestellt werden, dass der Teilnehmer eine vorherige Einwilligung für den verfahrensgegenständlichen Anruf - etwa durch Eingabe seiner Daten - erteilte.

2. Beweiswürdigung:

2.1. Die Feststellungen zum grundsätzlichen System des Telefonmarketings der zweitbeschwerdeführenden Partei gründen sich auf die glaubhaften Angaben des Erstbeschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung, welche auch von der belangten Behörde nicht bestritten werden.

2.2. Die Feststellungen zum verfahrensgegenständlichen Anruf sind unstrittig (vgl. I.4.3.). 2.2. Die Feststellungen zum verfahrensgegenständlichen Anruf sind unstrittig vergleiche römisch eins.4.3.).

2.3. Die Feststellungen zur mangelnden vorherigen Einwilligung beruhen auf folgenden Erwägungen:

Die Beschwerdeführer legten zum Beleg der Einholung einer vorherigen Einwilligung vor der belangten Behörde ein Dokument ("Online-Registrierung von Privatpersonen Erhebung einer Anruferlaubnis für Telefonmarketing") vor, aus welchem hervorgeht, dass am 13.12.2011 um 21:00 Uhr eine "Einwilligung zu Werbezwecken" auf der Website www.XXXX.at unter Eintragung der Daten "XXXX" samt der verfahrensgegenständlichen Festnetznummer des Teilnehmers abgegeben worden sei.

Der Teilnehmer führte vor der belangten Behörde diesbezüglich bereits aus, dass er sich an eine Teilnahme am Gewinnspiel nach zwei Jahren nicht mehr erinnern könne, es ihm jedoch unglaublich erscheine, da er nur äußerst selten an Gewinnspielen im Internet teilnehme und er die Verwendung seiner Daten, soweit es möglich sei, immer ablehne. Der Teilnehmer gab im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 04.05.2016 an, dass er in Bezug auf die Einwilligung alles schriftlich mitgeteilt habe. Er könne zwar nicht beschwören, glaube aber nicht, auf der erwähnten Webseite eine Einwilligung zugunsten der zweitbeschwerdeführenden Partei erteilt zu haben. Er führte weiters aus, dass er, sofern dies möglich sei, die Angabe, dass seine Daten auch für Werbezwecke verwendet werden dürfen, immer durchstreiche.

Der Teilnehmer hinterließ vor dem Bundesverwaltungsgericht einen sehr glaubwürdigen Eindruck und beantwortete schlüssig und ohne zu zögern die an ihn gerichteten Fragen. Seine Aussagen können insoweit nicht bezweifelt werden. In Zusammenschau mit seinen Angaben vor der belangten Behörde vermittelte der Zeuge daher den Eindruck, keine Einwilligung erteilt zu haben.

Das Bundesverwaltungsgericht geht vor diesem Hintergrund davon aus, dass der Zeugenaussage ein höherer Beweiswert zukommt, als dem von den Beschwerdeführern vorgelegten Beleg, zumal der Erstbeschwerdeführer auch ausdrücklich angab, dass die Belege bezüglich Einholung einer Einwilligung von ihm bzw. der zweitbeschwerdeführenden Partei nicht nachgeprüft werden würden.

Die Feststellung, dass die zweitbeschwerdeführende Partei nicht nachprüft, ob bei den gelieferten Daten tatsächlich Einwilligungen vorliegen, ergibt sich aus den vorzitierten Ausführungen in der mündlichen Verhandlung [arg. "VR: Geben Sie der XXXX oder sonst jemandem konkrete Anweisungen, wie Einwilligungen eingeholt werden müssen? - BF1: Wir geben keine Anweisungen im Hinblick auf Double-Opt-In und auch darüber hinaus geben wir keine konkreten

Anweisungen; z.B. dass Unterschriften erforderlich sind oder ähnliches. (...) - BB: Haben Sie sich überlegt, ob Missbrauchsmöglichkeiten ausgeschlossen sind (Eintragung der Daten von Dritten)? - BF1: Ich gehe nicht davon aus, dass das meine Aufgabe ist. Das Double Opt in verwende ich nicht weil es in Österreich nicht gesetzlich vorgesehen ist."Die Feststellung, dass die zweitbeschwerdeführende Partei nicht nachprüft, ob bei den gelieferten Daten tatsächlich Einwilligungen vorliegen, ergibt sich aus den vorzitierten Ausführungen in der mündlichen Verhandlung [arg. "VR: Geben Sie der römisch 40 oder sonst jemandem konkrete Anweisungen, wie Einwilligungen eingeholt werden müssen? - BF1: Wir geben keine Anweisungen im Hinblick auf Double-Opt-In und auch darüber hinaus geben wir keine konkreten Anweisungen; z.B. dass Unterschriften erforderlich sind oder ähnliches. (...) - BB: Haben Sie sich überlegt, ob Missbrauchsmöglichkeiten ausgeschlossen sind (Eintragung der Daten von Dritten)? - BF1: Ich gehe nicht davon aus, dass das meine Aufgabe ist. Das Double Opt in verwende ich nicht weil es in Österreich nicht gesetzlich vorgesehen ist."]

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt A)

3.1. Das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), StF: BGBl. I. Nr. 33/2013, regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes (§ 1 VwGVG). 3.1. Das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), StF: BGBl. I. Nr. 33/2013, regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes (Paragraph eins, VwGVG).

Die §§ 17 und 38 VwGVG lautenDie Paragraphen 17 und 38 VwGVG lauten:

"Anzuwendendes Recht

§ 17. Soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, sind auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte."Paragraph 17, Soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, sind auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950,, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 1984,, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte."

"Anzuwendendes Recht

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

3.2. Gemäß § 17 und § 38 VwGVG sowie § 24 VStG iVm § 39 Abs. 2 AVG wurden die vorliegenden Beschwerdeverfahren aus Gründen der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. 3.2. Gemäß Paragraph 17 und Paragraph 38, VwGVG sowie Paragraph 24, VStG in Verbindung

mit Paragraph 39, Absatz 2, AVG wurden die vorliegenden Beschwerdeverfahren aus Gründen der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

3.3. Die vorliegend relevanten Regelungen des TKG 2003 in den in Spruchpunkt I. dieses Erkenntnisses zitierten Fassungen lauten (unter Bedachtnahme auf § 1 Abs. 2 VStG): 3.3. Die vorliegend relevanten Regelungen des TKG 2003 in den in Spruchpunkt römisch eins. dieses Erkenntnisses zitierten Fassungen lauten (unter Bedachtnahme auf Paragraph eins, Absatz 2, VStG):

"Unerbetene Nachrichten

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

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

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

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

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

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

(4) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 133/2005) (4) Anmerkung, aufgehoben durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 133 aus 2005,)

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

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

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

"Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 109. [...]Paragraph 109, [...]

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

8. entgegen § 107 Abs. 1 Anrufe zu Werbezwecken tätigt8. entgegen Paragraph 107, Absatz eins, Anrufe zu Werbezwecken tätigt.

[...]"

3.4. Zum objektiven Tatbestand:

3.4.1. Anruf zu Werbezwecken:

Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass der verfahrensgegenständliche Anruf in der im Spruch des Straferkenntnisses umschriebenen Form stattfand und werblich gestaltet war.

Bestritten wird, dass keine Einwilligung des Anzeigenlegers vorgelegen habe.

Gemäß § 107 Abs. 1 TKG 2003 sind Anrufe zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers unzulässig. Im vorliegenden Fall behaupten die Beschwerdeführer das Vorliegen einer Einwilligung des Teilnehmers zu dessen Anschluss der jeweilige Anruf erfolgt ist. Zum Nachweis dafür wurde eine sogenannte "Online-Registrierung von Privatpersonen, Erhebung einer Anruferlaubnis für Telefonmarketing" vorgelegt. Diese "Nachweisführung" ist aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes allerdings nicht geeignet die Einwilligung eines Teilnehmers im Sinne des § 107 Abs. 1 TKG 2003 nachzuweisen, da keinerlei Rückführbarkeit zu jener Person, die angeblich eine Einwilligung erteilt hat, möglich ist, da ausschließlich Daten in ein Onlineformular eingetragen werden, wodurch eine eindeutige Zuordnung zum angeblich Einwilligenden nicht möglich ist. Die Beschwerdeführer bedienen sich somit eines "Systems" um Einwilligungen zu erhalten, das schon im Ansatz nicht geeignet ist, eine zweifelsfreie Zuordnung vorzunehmen. Mögliche Fehler in diesem Zusammenhang (wie etwa das Eingeben der Daten durch einen zum angeblich einwilligenden Fremden) geht daher zu Lasten der Beschwerdeführer, die sich dieses Systems - im Rahmen von Werbemaßnahmen mittels Telefonanrufen - bedienen. Der im Folgenden skizzierte rechtspolitische Hintergrund von § 107 TKG 2003 veranschaulicht deutlich die Wertung des Gesetzgebers, Personen vor einwilligungslosen [hier konkret] Anrufen zu Werbezwecken zu schützen. Im konkreten Fall wurde von dem angeblich einwilligenden Teilnehmer auch glaubwürdig ausgeführt, der Zweitbeschwerdeführerin keine Einwilligung zu Anrufen zu Werbezwecken erteilt zu haben. Gemäß Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 sind Anrufe zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers unzulässig. Im vorliegenden Fall behaupten die Beschwerdeführer das Vorliegen einer Einwilligung des Teilnehmers zu dessen Anschluss der jeweilige Anruf erfolgt ist. Zum Nachweis dafür wurde eine sogenannte "Online-Registrierung von Privatpersonen, Erhebung einer Anruferlaubnis für Telefonmarketing" vorgelegt. Diese "Nachweisführung" ist aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes allerdings nicht geeignet die Einwilligung eines Teilnehmers im Sinne des Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 nachzuweisen, da keinerlei Rückführbarkeit zu jener Person, die angeblich eine Einwilligung erteilt hat, möglich ist, da ausschließlich Daten in ein Onlineformular eingetragen werden, wodurch eine eindeutige Zuordnung zum angeblich Einwilligenden nicht möglich ist. Die Beschwerdeführer bedienen sich somit eines "Systems" um Einwilligungen zu erhalten, das schon im Ansatz nicht geeignet ist, eine zweifelsfreie Zuordnung vorzunehmen. Mögliche Fehler in diesem Zusammenhang (wie etwa das Eingeben der Daten durch einen zum angeblich einwilligenden Fremden) geht daher zu Lasten der Beschwerdeführer, die sich dieses Systems - im Rahmen von Werbemaßnahmen mittels Telefonanrufen - bedienen. Der im Folgenden skizzierte rechtspolitische Hintergrund von Paragraph 107, TKG 2003 veranschaulicht deutlich die Wertung des Gesetzgebers, Personen vor einwilligungslosen [hier konkret] Anrufen zu Werbezwecken zu schützen. Im konkreten Fall wurde von dem angeblich einwilligenden Teilnehmer auch glaubwürdig ausgeführt, der Zweitbeschwerdeführerin keine Einwilligung zu Anrufen zu Werbezwecken erteilt zu haben.

Aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 107 Abs. 1 TKG 2003 ergibt sich ua Folgendes (vgl. VwGH 26.06.2013, 2013/03/0048): Aus der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 ergibt sich ua Folgendes vergleiche VwGH 26.06.2013, 2013/03/0048):

"Ziel des Gesetzgebers ist es, durch die Bestimmung des § 107 Abs 1 TKG jedem Teilnehmer Schutz vor unerbetenen

Anrufen zu gewähren (vgl VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/03/0284, VwSlg 16.297 A, zur Vorläuferbestimmung des § 101 des TKG aus dem Jahr 2007, wobei die Gesetzesmaterialien zu § 107 TKG aus dem Jahr 2003 nicht erkennen lassen, dass diesbezüglich eine Änderung eingetreten wäre, vgl RV 128 BlgNR 22. GP, S 20 f; vgl auch VwGH vom 24. März 2010, 2007/03/0143). "Ziel des Gesetzgebers ist es, durch die Bestimmung des Paragraph 107, Absatz eins, TKG jedem Teilnehmer Schutz vor unerbetenen Anrufen zu gewähren vergleiche VwGH vom 25. Februar 2004, 2003/03/0284, VwSlg 16.297 A, zur Vorläuferbestimmung des Paragraph 101, des TKG aus dem Jahr 2007, wobei die Gesetzesmaterialien zu Paragraph 107, TKG aus dem Jahr 2003 nicht erkennen lassen, dass diesbezüglich eine Änderung eingetreten wäre, vergleiche Regierungsvorlage 128 BlgNR 22. GP, S 20 f; vergleiche auch VwGH vom 24. März 2010, 2007/03/0143).

Der Zweck dieses Schutzes der Privatsphäre (vgl dazu Oberster Gerichtshof vom 18. Mai 1999, 4 Ob 113/99t, OGH vom 29. April 2003, 4 Ob 24/03p, und OGH vom 2. August 2005, 1 Ob 104/05h, unter Hinweis auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 10. Oktober 2002, G 267/01 ua, VfSlg 16.688) ist bei der Auslegung des Begriffs 'zu Werbezwecken' zu berücksichtigen, sodass [...] der Begriff 'zu Werbezwecken' in § 107 Abs 1 TKG jedenfalls auch die Anbahnung des Abschlusses eines Vertrags mit dem Unternehmen des Beschwerdeführers im Rahmen der Anpreisung eines Produkts bzw eines Verkaufsgesprächs erfasst (vgl in diesem Sinn nochmals VwSlg 16.297 A). Der Zweck dieses Schutzes der Privatsphäre vergleiche dazu Oberster Gerichtshof vom 18. Mai 1999, 4 Ob 113/99t, OGH vom 29. April 2003, 4 Ob 24/03p, und OGH vom 2. August 2005, 1 Ob 104/05h, unter Hinweis auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 10. Oktober 2002, G 267/01 ua, VfSlg 16.688) ist bei der Auslegung des Begriffs 'zu Werbezwecken' zu berücksichtigen, sodass [...] der Begriff 'zu Werbezwecken' in Paragraph 107, Absatz eins, TKG jedenfalls auch die Anbahnung des Abschlusses eines Vertrags mit dem Unternehmen des Beschwerdeführers im Rahmen der Anpreisung eines Produkts bzw eines Verkaufsgesprächs erfasst vergleiche in diesem Sinn nochmals VwSlg 16.297 A).

[...] Da das Verbot unerbetener Anrufe nach § 107 Abs 1 TKG bezüglich der geschützten Teilnehmer keine Unterscheidung bezüglich Konsumenten, Unternehmer oder Gewerbetreibende enthält, schützt diese Regelung auch Teilnehmer, wenn sie [...] offensichtlich Gewerbetreibende sind. Eine solche Differenzierung ist in § 107 Abs 1 TKG nicht vorgesehen, vielmehr lässt sich diese Bestimmung davon leiten, dass der jeweilige Teilnehmer Schutz vor unerbetenen Anrufen schlechthin benötigt (vgl VfSlg 16.688/2002). "[...] Da das Verbot unerbetener Anrufe nach Paragraph 107, Absatz eins, TKG bezüglich der geschützten Teilnehmer keine Unterscheidung bezüglich Konsumenten, Unternehmer oder Gewerbetreibende enthält, schützt diese Regelung auch Teilnehmer, wenn sie [...] offensichtlich Gewerbetreibende sind. Eine solche Differenzierung ist in Paragraph 107, Absatz eins, TKG nicht vorgesehen, vielmehr lässt sich diese Bestimmung davon leiten, dass der jeweilige Teilnehmer Schutz vor unerbetenen Anrufen schlechthin benötigt vergleiche VfSlg 16.688 aus 2002,)." "

Dass der verfahrensgegenständliche Anruf "zu Werbezwecken" gemäß § 107 Abs. 1 TKG 2003 erfolgt ist, steht für das Bundesverwaltungsgericht schon insoweit fest, als dieser die Vertragsanbahnung zum Inhalt hatte. Dass der verfahrensgegenständliche Anruf "zu Werbezwecken" gemäß Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 erfolgt ist, steht für das Bundesverwaltungsgericht schon insoweit fest, als dieser die Vertragsanbahnung zum Inhalt hatte.

3.4.2. Vorherige Einwilligung des Teilnehmers:

Wenn die Beschwerdeführer nun weiters vorbringen, diese hätten die Daten von der XXXX enthalten, welche sich verpflichtet hätte, nur den Anforderungen des § 107 TKG 2003 entsprechende Datensätze zu liefern, ist ihnen diesbezüglich Folgendes entgegenzuhalten: Wenn die Beschwerdeführer nun weiters vorbringen, diese hätten die Daten von der römisch 40 enthalten, welche sich verpflichtet hätte, nur den Anforderungen des Paragraph 107, TKG 2003 entsprechende Datensätze zu liefern, ist ihnen diesbezüglich Folgendes entgegenzuhalten:

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

§ 107 TKG 2003 setzt Art. 13 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) idF der Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25. November 2009 um. Paragraph 107, TKG 2003 setzt Artikel 13, der Richtlinie 2002/58/EG des

Europäischen Parlaments und Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) in der Fassung der Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25. November 2009 um.

Erwägungsgrund 40 der Richtlinie 2002/58/EG lautet:

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

Der Verwaltungsgerichtshof sprach in Bezug auf das allfällige Vorliegen einer Einwilligung im Sinne des § 107 Abs. 1 TKG 2003 in seinem Erkenntnis vom 26. Juni 2013, 2013/03/0048, Folgendes aus: Der Verwaltungsgerichtshof sprach in Bezug auf das allfällige Vorliegen einer Einwilligung im Sinne des Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 in seinem Erkenntnis vom 26. Juni 2013, 2013/03/0048, Folgendes aus:

"Bei der nach § 107 Abs. 1 TKG erforderlichen vorherigen Einwilligung handelt es sich um eine zustimmende Willenserklärung des (zukünftigen) Anrufempfängers, wobei für diese Zustimmung ein gesetzliches Formerfordernis nicht besteht, sodass auch eine konkludente Zustimmung nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. in dieser Richtung VwGH vom 26. April 2007, 2005/03/0143, und VwGH vom 24. März 2010, 2007/03/0177). Eine konkludente Erklärung kann nur dann angenommen werden, wenn eine Handlung oder Unterlassung nach der Verkehrssitte und nach den üblichen Gewohnheiten und Gebräuchen eindeutig in eine Richtung zu verstehen ist; es darf kein vernünftiger Grund bestehen, daran zu zweifeln, dass ein Rechtsfolgewillen in einer bestimmten Richtung vorliegt; dass also - bezogen auf den Beschwerdefall - ein bestimmtes Verhalten nur als Einwilligung zum Erhalt eines Anrufs zu Werbezwecken verstanden werden kann (vgl. VwGH vom 24. März 2010, 2007/03/0177, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs).""Bei der nach Paragraph 107, Absatz eins, TKG erforderlichen vorherigen Einwilligung handelt es sich um eine zustimmende Willenserklärung des (zukünftigen) Anrufempfängers, wobei für diese Zustimmung ein gesetzliches Formerfordernis nicht besteht, sodass auch eine konkludente Zustimmung nicht ausgeschlossen werden kann vergleiche in dieser Richtung VwGH vom 26. April 2007, 2005/03/0143, und VwGH vom 24. März 2010, 2007/03/0177). Eine konkludente Erklärung kann nur dann angenommen werden, wenn eine Handlung oder Unterlassung nach der Verkehrssitte und nach den üblichen Gewohnheiten und Gebräuchen eindeutig in eine Richtung zu verstehen ist; es darf kein vernünftiger Grund bestehen, daran zu zweifeln, dass ein Rechtsfolgewillen in einer bestimmten Richtung vorliegt; dass also - bezogen auf den Beschwerdefall - ein bestimmtes Verhalten nur als Einwilligung zum Erhalt eines Anrufs zu Werbezwecken verstanden werden kann vergleiche VwGH vom 24. März 2010, 2007/03/0177, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs)."

Dass im gegenständlichen Fall konkret den Beschwerdeführern gegenüber unmittelbar eine Einwilligung zur Kontaktaufnahme von Seiten des Teilnehmers vorgelegen habe, wird von den Beschwerdeführern nicht behauptet und war auch den Feststellungen im angefochtenen Straferkenntnis erkennbar nicht zu entnehmen.

Der Umstand, dass die Beschwerdeführer die Kontaktdaten des Teilnehmers von der XXXX zur Verfügung gestellt bekamen, entbindet diese vor der Kontaktaufnahme mit dem entsprechenden Teilnehmer, jedoch nicht von der Verpflichtung, die Kontaktaufnahme auf ihre Übereinstimmung mit den Vorgaben des § 107 Abs. 1 TKG 2003 (insbesondere mit dem Vorliegen einer entsprechenden Einwilligung des Teilnehmers) selbst zu überprüfen. Die Beschwerdeführer hätten sich daher nicht, so wie vorgebracht, auf das allfällige vorherige Einverständnis des Anzeigers zu einer zuvor ergangenen gesonderten Werbemaßnahme durch einen Dritten verlassen dürfen, sondern hätten selbst zu überprüfen gehabt, ob dessen Einwilligung zum Erhalt von Werbeanrufen durch die Beschwerdeführer vorgelegen habe. Der Umstand, dass die Beschwerdeführer die Kontaktdaten des Teilnehmers von der römisch 40 zur Verfügung gestellt bekamen, entbindet diese vor der Kontaktaufnahme mit dem entsprechenden

Teilnehmer, jedoch nicht von der Verpflichtung, die Kontaktaufnahme auf ihre Übereinstimmung mit den Vorgaben des Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 (insbesondere mit dem Vorliegen einer entsprechenden Einwilligung des Teilnehmers) selbst zu überprüfen. Die Beschwerdeführer hätten sich daher nicht, so wie vorgebracht, auf das allfällige vorherige Einverständnis des Anzeigers zu einer zuvor ergangenen gesonderten Werbemaßnahme durch einen Dritten verlassen dürfen, sondern hätten selbst zu überprüfen gehabt, ob dessen Einwilligung zum Erhalt von Werbeanrufen durch die Beschwerdeführer vorgelegen habe.

Von den Beschwerdeführern wurde nicht vorgebracht, dass sie zu Beginn des Vertragsverhältnisses mit der XXXX entsprechende Überprüfungen des verwendeten "Einwilligungsmechanismus" vorgenommen hätten. Vielmehr wurde im Rahmen der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass die zweitbeschwerdeführende Partei "keine Anweisungen im Hinblick auf Double-Opt-In und auch darüber hinaus geben [...] z.B. dass Unterschriften erforderlich sind oder ähnliches." Von den Beschwerdeführern wurde nicht vorgebracht, dass sie zu Beginn des Vertragsverhältnisses mit der römisch 40 entsprechende Überprüfungen des verwendeten "Einwilligungsmechanismus" vorgenommen hätten. Vielmehr wurde im Rahmen der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass die zweitbeschwerdeführende Partei "keine Anweisungen im Hinblick auf Double-Opt-In und auch darüber hinaus geben [...] z.B. dass Unterschriften erforderlich sind oder ähnliches."

Die zweitbeschwerdeführende Partei führte - angesprochen darauf, ob sie Überlegungen zu Missbrauchsmöglichkeiten beim verwendeten "Einwilligungsmechanismus" angestellt habe - ausdrücklich aus, dass diese "nicht davon aus[gehe], dass das meine Aufgabe ist."

Aus all dem ergibt sich für das Bundesverwaltungsgericht, dass die zweitbeschwerdeführende Partei, wie diese selbst in der mündlichen Verhandlung ausführte, "die Aufgabe einem Professionisten" gegeben und dafür viel Geld gezahlt habe, selbst aber keinerlei Kontrolle vorgenommen habe, in welcher Weise die in Rede stehenden Einwilligungen erteilt worden seien (arg. "Ich gehe davon aus, dass die gelieferten Daten den Anforderungen entsprechen. Ich sehe das nicht als meine Aufgabe, hier nachzuprüfen.").

Vor diesem Hintergrund waren auch keine weiteren Ermittlungen zum Vertragsverhältnis zwischen der zweitbeschwerdeführenden Partei mit anderen Unternehmen vorzunehmen.

Der VwGH führte zu § 107 Abs. 3 TKG 2003 Folgendes aus (vgl. VwGH 25.03.2009, 2008/03/0008): Der VwGH führte zu Paragraph 107, Absatz 3, TKG 2003 Folgendes aus (vergleiche VwGH 25.03.2009, 2008/03/0008):

"Die Zusendung einer elektronischen Post zu Zwecken der Direktwerbung ist gemäß § 107 Abs 2 TKG 2003 ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, es sei denn, es lägen die im § 107 Abs 3 TKG 2003 genannten Voraussetzungen kumulativ (vgl. Singer in Stratil (Hrsg) TKG, Anmerkung 8 zu § 107) vor, wofür die Beschuldigten behauptungs- und beweispflichtig sind." "Die Zusendung einer elektronischen Post zu Zwecken der Direktwerbung ist gemäß Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003 ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, es sei denn, es lägen die im Paragraph 107, Absatz 3, TKG 2003 genannten Voraussetzungen kumulativ (vergleiche Singer in Stratil (Hrsg) TKG, Anmerkung 8 zu Paragraph 107,) vor, wofür die Beschuldigten behauptungs- und beweispflichtig sind."

3.5. Zur verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit:

§ 9 ("Besondere Fälle der Verantwortlichkeit") Abs. 1 und 2 VStG lautet: Paragraph 9, ("Besondere Fälle der Verantwortlichkeit") Absatz eins und 2 VStG lautet:

"§ 9. (1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist." § 9. (1) Für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften ist, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Absatz 2,) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

(2) Die zur Vertretung nach außen Berufenen sind berechtigt und, soweit es sich zur Sicherstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist, auf Verlangen der Behörde verpflichtet, aus ihrem Kreis eine oder mehrere Personen als verantwortliche Beauftragte zu bestellen, denen für das ganze Unternehmen oder für bestimmte

räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens die Verantwortung für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften obliegt. Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden."

Unbestritten ist, dass der Erstbeschwerdeführer zum Zeitpunkt des verfahrensgegenständlichen Anrufes Geschäftsführer der zweitbeschwerdeführenden Partei war und als solcher zu deren Vertretung nach außen befugt war.

Im Verfahren ist nicht hervorgekommen, dass für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch die zweitbeschwerdeführende Partei ein verantwortlicher Beauftragter im Sinne von § 9 Abs. 2 VStG bestellt wurde. Im Verfahren ist nicht hervorgekommen, dass für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch die zweitbeschwerdeführende Partei ein verantwortlicher Beauftragter im Sinne von Paragraph 9, Absatz 2, VStG bestellt wurde.

Somit war der Erstbeschwerdeführer im Tatzeitpunkt gemäß § 9 Abs. 1 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften bzw. konkret der Verpflichtungen des TKG 2003 durch die zweitbeschwerdeführende Partei strafrechtlich verantwortlich. Somit war der Erstbeschwerdeführer im Tatzeitpunkt gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften bzw. konkret der Verpflichtungen des TKG 2003 durch die zweitbeschwerdeführende Partei strafrechtlich verantwortlich.

Dass die zweitbeschwerdeführende Partei die Durchführung der Anrufe an dritte Unternehmen (konkret zwei Call Center) auslagerte, ändert nichts an der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Erstbeschwerdeführers, da im konkreten Fall keine Anhaltspunkte dahingehend zu erblicken sind, dass die vorliegende Straftat nicht der zweitbeschwerdeführenden Partei, sondern stattdessen den beauftragten Unternehmen zuzurechnen wäre (vgl. zum Erfordernis des Zurechenbarkeit im Anwendungsbereich des § 9 VStG Lewisch/Fister/Weilguni, VStG Verwaltungsstrafgesetz Kommentar [2013] § 9 Rz 7). Dass die zweitbeschwerdeführende Partei die Durchführung der Anrufe an dritte Unternehmen (konkret zwei Call Center) auslagerte, ändert nichts an der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Erstbeschwerdeführers, da im konkreten Fall keine Anhaltspunkte dahingehend zu erblicken sind, dass die vorliegende Straftat nicht der zweitbeschwerdeführenden Partei, sondern stattdessen den beauftragten Unternehmen zuzurechnen wäre vergleiche zum Erfordernis des Zurechenbarkeit im Anwendungsbereich des Paragraph 9, VStG Lewisch/Fister/Weilguni, VStG Verwaltungsstrafgesetz Kommentar [2013] Paragraph 9, Rz 7).

So zeigen die Ermittlungen des Bundesverwaltungsgerichtes (vgl. insbesondere die Feststellungen unter II.1.2.1.), dass die Durchführung der Anrufe zwar extern erfolgt, aber unter genauen Vorgaben der zweitbeschwerdeführenden Partei, welche den beauftragten Unternehmen keine Eigenverantwortung (zB hinsichtlich der Einholung der Einwilligungen oder der Auswahl der kontaktierten Teilnehmer) überträgt. Insbesondere stellt die zweitbeschwerdeführende Partei den beauftragten Unternehmen die erforderlichen Daten über ein System zur Verfügung, welches dem jeweiligen Call Agent die Anrufe automatisiert zuteilt. Zudem wird die Durchführung der Anrufe von der zweitbeschwerdeführenden Partei laufend überwacht. So zeigen die Ermittlungen des Bundesverwaltungsgerichtes vergleiche insbesondere die Feststellungen unter römisch zwei.1.2.1.), dass die Durchführung der Anrufe zwar extern erfolgt, aber unter genauen Vorgaben der zweitbeschwerdeführenden Partei, welche den beauftragten Unternehmen keine Eigenverantwortung (zB hinsichtlich der Einholung der Einwilligungen oder der Auswahl der kontaktierten Teilnehmer) überträgt. Insbesondere stellt die zweitbeschwerdeführende Partei den beauftragten Unternehmen die erforderlichen Daten über ein System zur Verfügung, welches dem jeweiligen Call Agent die Anrufe automatisiert zuteilt. Zudem wird die Durchführung der Anrufe von der zweitbeschwerdeführenden Partei laufend überwacht.

Hierbei war auch auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes Bedacht zu nehmen, welcher in seiner Entscheidung vom 26.05.1998, 97/07/0186, aussprach: "Es kann an der Verwirklichung des Tatbestandes durch die GmbH und an der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit des Beschuldigten für diese Gesellschaft aus dem Grunde des § 9 Abs 1 VStG nichts ändern, wenn diese Gesellschaft sich zur Durchführung - und sei es auch im Kommissionswege getätigter Geschäfte - eines anderen Unternehmens bedient hat." Hierbei war auch auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes Bedacht zu nehmen, welcher in seiner Entscheidung vom 26.05.1998, 97/07/0186, aussprach: "Es kann an der Verwirklichung des Tatbestandes durch die GmbH und an der verwaltungsstrafrechtlichen

Verantwortlichkeit des Beschuldigten für diese Gesellschaft aus dem Grunde des Paragraph 9, Absatz eins, VStG nichts ändern, wenn diese Gesellschaft sich zur Durchführung - und sei es auch im Kommissionswege getätigter Geschäfte - eines anderen Unternehmens bedient hat."

3.6. Zur subjektiven Tatseite:

Die belangte Behörde verwies zutreffend darauf, dass es sich bei der vorliegenden Verwaltungsübertretung gemäß § 107 Abs. 1 iVm § 109 Abs. 4 Z 8 um ein Ungehorsamsdelikt handelt (vgl. VwGH 24.05.2012, 2010/03/0056 zu § 107 Abs. 2 Z 1 iVm § 109 Abs. 3 Z 20 TKG 2003). Die belangte Behörde verwies zutreffend darauf, dass es sich bei der vorliegenden Verwaltungsübertretung gemäß Paragraph 107, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 109, Absatz 4, Ziffer 8, um ein Ungehorsamsdelikt handelt vergleiche VwGH 24.05.2012, 2010/03/0056 zu Paragraph 107, Absatz 2, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 109, Absatz 3, Ziffer 20, TKG 2003).

§ 5 Abs. 1 VStG lautet: Paragraph 5, Absatz eins, VStG lautet:

"(1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, daß ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft."

Bei Ungehorsamsdelikten ist das verantwortliche Organ im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG strafbar, wenn es nicht genügende Vorkehrungen traf, um die Verwirklichung des Tatbildes durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. In einem solchen Fall besteht gemäß § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG von vornherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann. Es ist daher Sache des verantwortlichen Organs, glaubhaft zu machen, dass diesem an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden traf, und initiativ alles darzulegen, was für dessen Entlastung spricht (vgl. VwGH 28.03.2014, 2014/02/0004). Es ist daher an den Beschwerdeführern gelegen, alles ihrer Entlastung Dienende vorzubringen, zB durch Darlegung eines Kontrollsystems in Bezug auf die Einhaltung der Vorschriften des TKG 2003, um zu beweisen, dass sie an der Übertretung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (vgl. zB VwGH 28.03.2014, 2014/02/0004; 24.05.2012, 2010/03/0056). Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (vgl. VwGH 25.07.2013, 2012/07/0079). Bei Ungehorsamsdelikten ist das verantwortliche Organ im Sinne des Paragraph 9, Absatz eins, VStG strafbar, wenn es nicht genügende Vorkehrungen traf, um die Verwirklichung des Tatbildes durch den unmittelbaren Täter zu verhindern. In einem solchen Fall besteht gemäß Paragraph 5, Absatz eins, zweiter Satz VStG von vornherein die Vermutung eines Verschuldens (in Form fahrlässigen Verhaltens) des Täters, welche aber von ihm widerlegt werden kann. Es ist daher Sache des verantwortlichen Organs, glaubhaft zu machen, dass diesem an der Begehung der Verwaltungsübertretung kein Verschulden traf, und initiativ alles darzulegen, was für dessen Entlastung spricht vergleiche VwGH 28.03.2014, 2014/02/0004). Es ist daher an den Beschwerdeführern gelegen, alles ihrer Entlastung Dienende vorzubringen, zB durch Darlegung eines Kontrollsystems in Bezug auf die Einhaltung der Vorschriften des TKG 2003, um zu beweisen, dass sie an der Übertretung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft vergleiche zB VwGH 28.03.2014, 2014/02/0004; 24.05.2012, 2010/03/0056). Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen vergleiche VwGH 25.07.2013, 2012/07/0079).

Die Darlegung eines solchen Kontrollsystems gelingt den Beschwerdeführern nicht.

Der Erstbeschwerdeführer hätte darlegen müssen, dass er für die Einhaltung des § 107 Abs. 1 TKG 2003 ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet hat, das mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten ließ. Ein solches liegt regelmäßig nur dann vor, wenn dadurch die Überwachung der Einhaltung der Rechtsnorm, deren Übertretung dem Beschuldigten zur Last gelegt wurde, jederzeit sichergestellt werden kann. Damit ein solches Kontrollsystem den Beschuldigten von seiner Verantwortung für die vorliegende Verwaltungsübertretung hätte befreien können, hätte er konkret darlegen müssen, welche Maßnahmen von ihm getroffen wurden, um einen derartigen Verstoß zu vermeiden (vgl. zB VwGH 17.06.2013, 2010/11/0079). Der Erstbeschwerdeführer hätte darlegen müssen, dass er für die Einhaltung des Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet hat, das mit gutem Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten ließ. Ein solches liegt

regelmäßig nur dann vor, wenn dadurch die Überwachung der Einhaltung der Rechtsnorm, deren Übertretung dem Beschuldigten zur Last gelegt wurde, jederzeit sichergestellt werden kann. Damit ein solches Kontrollsystem den Beschuldigten von seiner Verantwortung für die vorliegende Verwaltungsübertretung hätte befreien können, hätte er konkret darlegen müssen, welche Maßnahmen von ihm getroffen wurden, um einen derartigen Verstoß zu vermeiden (vergleiche zB VwGH 17.06.2013, 2010/11/0079).

Der Erstbeschwerdeführer verwies auf die langjährige Geschäftsbeziehung mit der XXXX und führte an, dass diese vertragsgemäß nur Daten liefern dürfe, für die eine Zustimmung nach dem TKG 2003 vorliege; diesbezüglich sei das Unternehmen auch geschult worden. Darüber hinaus legte er aber keine Kontrolle dieses Systems dar, sondern führte ausdrücklich an, dass es keine Nachprüfung gebe, ob hinsichtlich der zugekauften Daten tatsächlich Einwilligungen vorliegen würden. Belege hinsichtlich der eingeholten Einwilligungen würden erst bei der XXXX angefordert werden, wenn es zu Ermittlungen der belangten Behörde komme. Der Erstbeschwerdeführer verwies auf die langjährige Geschäftsbeziehung mit der römisch 40 und führte an, dass diese vertragsgemäß nur Daten liefern dürfe, für die eine Zustimmung nach dem TKG 2003 vorliege; diesbezüglich sei das Unternehmen auch geschult worden. Darüber hinaus legte er aber keine Kontrolle dieses Systems dar, sondern führte ausdrücklich an, dass es keine Nachprüfung gebe, ob hinsichtlich der zugekauften Daten tatsächlich Einwilligungen vorliegen würden. Belege hinsichtlich der eingeholten Einwilligungen würden erst bei der römisch 40 angefordert werden, wenn es zu Ermittlungen der belangten Behörde komme.

Den zitierten Anforderungen gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entspricht er damit nicht.

3.7. Zur Strafbemessung:

Die Ausführungen der belangten Behörde zur Strafbemessung wurden in den Beschwerden nicht bemängelt und auch für das Bundesverwaltungsgericht besteht kein Anlass, diesbezüglich von der rechtlichen Beurteilung der belangten Behörde abzuweichen.

3.8. Die Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.

3.9. Zu den Verfahrenskosten:

3.9.1. Kosten vor der belangten Behörde:

Gemäß § 42 VwGVG darf in einem Erkenntnis oder in einer Beschwerdeentscheidung aufgrund einer vom Beschuldigten oder aufgrund einer zu seinen Gunsten erhobenen Beschwerde keine höhere Strafe verhängt werden als im angefochtenen Bescheid. Folglich gilt für die Kostenentscheidung das Verbot der reformatio in peius nicht (vgl. VwGH 12.09.1983, 81/10/0101). Gemäß Paragraph 42, VwGVG darf in einem Erkenntnis oder in einer Beschwerdeentscheidung aufgrund einer vom Beschuldigten oder aufgrund einer zu seinen Gunsten erhobenen Beschwerde keine höhere Strafe verhängt werden als im angefochtenen Bescheid. Folglich gilt für die Kostenentscheidung das Verbot der reformatio in peius nicht (vergleiche VwGH 12.09.1983, 81/10/0101).

Für die Beschwerdeführer war aufgrund der Angabe der Höhe der Strafe (= EUR 580,-) und des zu zahlenden Gesamtbetrages (= EUR 638,-) sowie des Hinweises auf § 64 VStG die Höhe der Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde jederzeit ziffernmäßig nachvollziehbar, weshalb der Beschwerde auch hinsichtlich dieses Vorbringens kein Erfolg beschieden war (vgl. zu dem Umstand, dass eine Verpflichtung der getrennten Bestimmung der Verfahrenskosten des § 64 VStG aus dem Rechtsschutzinteresse des Bestraften nicht ableitbar ist, weil die Höhe des Kostenersatzes zufolge § 64 VStG jederzeit ziffernmäßig nachvollziehbar ist: VwGH 24.02.1988, 87/03/0002). Für die Beschwerdeführer war aufgrund der Angabe der Höhe der Strafe (= EUR 580,-) und des zu zahlenden Gesamtbetrages (= EUR 638,-) sowie des Hinweises auf Paragraph 64, VStG die Höhe der Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde jederzeit ziffernmäßig nachvollziehbar, weshalb der Beschwerde auch hinsichtlich dieses Vorbringens kein Erfolg beschieden war (vergleiche zu dem Umstand, dass eine Verpflichtung der getrennten Bestimmung der Verfahrenskosten des Paragraph 64, VStG aus dem Rechtsschutzinteresse des Bestraften nicht ableitbar ist, weil die Höhe des Kostenersatzes zufolge Paragraph 64, VStG jederzeit ziffernmäßig nachvollziehbar ist: VwGH 24.02.1988, 87/03/0002).

3.9.2. Kosten vor dem Bundesverwaltungsgericht:

Die Entscheidung über den Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens gründet sich auf § 52 Abs. 1, 2 und 6 VwGVG. Die Entscheidung über den Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens gründet sich auf Paragraph 52, Absatz eins, 2 und 6

VwGVG.

Zu Spruchpunkt B)

Gemäß § 25a Abs. 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG), BGBl. Nr. 10/1985 idF BGBl. I Nr. 122/2013, hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG), Bundesgesetzblatt Nr. 10 aus 1985, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 122 aus 2013,, hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat dazu insbesondere ausgesprochen (VwGH 24.02.2015, Ro 2014/05/0097): "Einer Rechtsfrage kann nur dann grundsätzliche Bedeutung zukommen, wenn sie über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung hat und wenn die Entscheidung über die Revision von der Lösung dieser Rechtsfrage abhängt (Hinweis B vom 24. Juni 2014, Ra 2014/05/0004). Wurde eine im Einzelfall vorzunehmende Interessenabwägung [...] auf einer verfahrensrechtlich einwandfreien Grundlage und in vertretbarer Weise im Rahmen der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze vorgenommen, so ist eine solche einzelfallbezogene Beurteilung im Allgemeinen nicht revisibel (Hinweis B vom 25. April 2014, Ro 2014/21/0033)."

Ferner hielt der Verwaltungsgerichtshof Folgendes fest (VwGH 18.03.2015, Ra 2015/04/0005):

"Ist die Rechtslage nach den in Betracht kommenden Normen klar und eindeutig, dann liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG vor, und zwar selbst dann, wenn zu einer dieser anzuwendenden Normen noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergangen wäre (Hinweis B vom 28. Mai 2014, Ro 2014/07/0053).""Ist die Rechtslage nach den in Betracht kommenden Normen klar und eindeutig, dann liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des Artikel 133, Absatz 4, B-VG vor, und zwar selbst dann, wenn zu einer dieser anzuwendenden Normen noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergangen wäre (Hinweis B vom 28. Mai 2014, Ro 2014/07/0053)."

Vor diesem Hintergrund ist die Revision gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, da die vorliegende Entscheidung der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes folgt. Vor diesem Hintergrund ist die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, da die vorliegende Entscheidung der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes folgt.

Schlagworte

Belästigung, Einwilligung des Empfängers, Fahrlässigkeit, Geldstrafe, Glaubhaftmachung, konkrete Darlegung, Kontrolle, Kontrollsystem, Kostenentscheidung - Gericht, Schutzzweck, Spruchpunkt - Abänderung, Stichproben, Strafbemessung, Überprüfung, Ungehorsamsdelikt, Verbot unerbetener Anrufe, Verschulden, vorherige Einwilligung, Werbeanruf, Werbung, Zustimmungserfordernis

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W120.2107562.1.00

Zuletzt aktualisiert am

07.07.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at