

TE Bvwg Erkenntnis 2016/2/24 W120 2014995-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.02.2016

Entscheidungsdatum

24.02.2016

Norm

B-VG Art.133 Abs4

DSG 2000 §4 Z14

TKG 2003 §107 Abs1

TKG 2003 §107 Abs2 Z1

TKG 2003 §109 Abs4 Z8

TKG 2003 §113 Abs5a

TKG 2003 §92

VStG 1950 §19

VStG 1950 §21

VStG 1950 §45 Abs1

VStG 1950 §45 Abs1 Z2

VStG 1950 §45 Abs1 Z4

VStG 1950 §5 Abs1

VStG 1950 §5 Abs2

VStG 1950 §64

VStG 1950 §9 Abs1

VStG 1950 §9 Abs7

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 § 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. TKG 2003 § 92 gültig von 01.01.2019 bis 31.10.2021 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 190/2021

2. TKG 2003 § 92 gültig von 01.01.2019 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 29/2018

3. TKG 2003 § 92 gültig von 01.12.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2018

4. TKG 2003 § 92 gültig von 01.07.2014 bis 30.11.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 44/2014

5. TKG 2003 § 92 gültig von 22.11.2011 bis 30.06.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 102/2011

6. TKG 2003 § 92 gültig von 19.05.2011 bis 21.11.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 27/2011

7. TKG 2003 § 92 gültig von 20.08.2003 bis 18.05.2011

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

1. VStG 1950 § 21 gültig von 17.08.1971 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

1. VStG 1950 § 45 gültig von 01.07.1988 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

2. VStG 1950 § 45 gültig von 01.09.1950 bis 30.06.1988

1. VStG 1950 § 45 gültig von 01.07.1988 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

2. VStG 1950 § 45 gültig von 01.09.1950 bis 30.06.1988

1. VStG 1950 § 45 gültig von 01.07.1988 bis 31.01.1991 wiederverlautbart durch BGBl. Nr. 52/1991

2. VStG 1950 § 45 gültig von 01.09.1950 bis 30.06.1988

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 § 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. 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 2014756-1/8E

W120 2014995-1/8E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Christian EISNER als Einzelrichter über die Beschwerden des 1. XXXX als zur Vertretung der XXXX nach außen berufene Person und der 2. der XXXX gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Wien, Niederösterreich und Burgenland vom 27.10.2014, BMVIT-631.540/1074-III/FBW/2013, nach Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 12.02.2016 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Christian EISNER als Einzelrichter über die Beschwerden des 1. römisch 40 als zur Vertretung der römisch 40 nach außen berufene Person und der 2. der römisch 40 gegen das Straferkenntnis des Fernmeldebüros für Wien, Niederösterreich und Burgenland vom 27.10.2014, BMVIT-631.540/1074-III/FBW/2013, nach Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 12.02.2016 zu Recht erkannt:

A)

I. Den Beschwerden wird gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) insoweit Folge gegeben als sie sich gegen den Anruf vom 20.11.2013 wenden und der Spruch des angefochtenen Bescheides wird dahingehend abgeändert, dass die Wortfolge "am 20.11.2013, ca 15 Uhr und" sowie das Wort "ebenfalls" entfallen. Das Strafverfahren wird hinsichtlich dieses Tatvorwurfs gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt. römisch eins. Den Beschwerden wird gemäß Paragraph 50, Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) insoweit Folge gegeben als sie sich gegen den Anruf vom 20.11.2013 wenden und der Spruch des angefochtenen Bescheides wird dahingehend abgeändert, dass die Wortfolge "am 20.11.2013, ca 15 Uhr und" sowie das Wort "ebenfalls" entfallen. Das Strafverfahren wird hinsichtlich dieses Tatvorwurfs gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 2, VStG eingestellt.

II. Im Übrigen werden die Beschwerden gemäß § 50 VwGVG iVm § 107 Abs. 1 BGG. I Nr. 70/2003 idF BGG. I Nr. 102/2011 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003) iVm § 109 Abs. 4 Z 8 TKG 2003 BGG. I Nr. 70/2003 idF BGG. 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, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 70 aus 2003, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 102 aus 2011, Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003) in Verbindung mit Paragraph 109, Absatz 4, Ziffer 8, TKG 2003 Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 70 aus 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 140 Euro 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 140 Euro 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, dass der Erstbeschwerdeführer als gemäß § 9 VStG zur Vertretung der zweitbeschwerdeführenden Partei am Standort in XXXX, nach außen berufene Person zu verantworten habe, dass "von Ihrem Unternehmen aus am 20.11.2013, ca 15 Uhr und am 21.11.2013, ebenfalls ca 15 Uhr, ein Anruf zu Werbezwecken zum Anschluss der XXXX, lautend auf XXXX, getätigt wurde, bei dem die Telefonieprodukte/Tarife der XXXX beworben wurden, ohne dass die angerufene Teilnehmerin noch sonst eine Person, die mit deren Zustimmung den angerufenen Anschluss nutzt, vorher eine Einwilligung zum Erhalt von Werbeanrufen ihres Unternehmens erteilt hat." 1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis entschied die belangte Behörde, dass der Erstbeschwerdeführer als gemäß Paragraph 9, VStG zur Vertretung der zweitbeschwerdeführenden Partei am Standort in römisch 40, nach außen berufene Person zu verantworten habe, dass "von Ihrem Unternehmen aus am 20.11.2013, ca 15 Uhr und am 21.11.2013, ebenfalls ca 15 Uhr, ein Anruf zu Werbezwecken zum Anschluss der römisch 40, lautend auf römisch 40, getätigt wurde, bei dem die Telefonieprodukte/Tarife der römisch 40 beworben wurden, ohne dass die angerufene Teilnehmerin noch sonst eine Person, die mit deren Zustimmung den angerufenen Anschluss nutzt, vorher eine Einwilligung zum Erhalt von Werbeanrufen ihres Unternehmens erteilt hat."

Es wurde festgehalten, dass der Erstbeschwerdeführer dadurch "§ 107 Abs 1 TKG 2003 idF BGG I 2011/102 iVm § 9 Abs 1 VStG 1991" verletzt habe. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Erstbeschwerdeführer eine Geldstrafe in der Höhe von 700 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 18 Stunden) verhängt. Samt dem Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 70 Euro (§ 64 VStG) betrug der zu zahlende Gesamtbetrag insgesamt 770 Euro. Gemäß § 9 Abs. 7 VStG wurde verfügt, dass die zweitbeschwerdeführende Partei für die verhängte Geldstrafe im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand zu haften habe. Es wurde festgehalten, dass der Erstbeschwerdeführer dadurch "§ 107 Absatz eins, TKG 2003 in der Fassung BGG römisch eins 2011/102 in Verbindung mit Paragraph 9, Absatz eins, VStG 1991" verletzt habe. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Erstbeschwerdeführer eine Geldstrafe in der Höhe von 700 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 18 Stunden) verhängt. Samt dem Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 70 Euro (Paragraph 64, VStG) betrug der zu zahlende Gesamtbetrag insgesamt 770 Euro. Gemäß Paragraph 9, Absatz 7, VStG wurde verfügt, dass die zweitbeschwerdeführende Partei für die verhängte Geldstrafe im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand zu haften habe.

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

2.1. Mit Schreiben vom 06.03.2014 seien die Beschwerdeführer zur Rechtfertigung aufgefordert worden. Mit Schreiben vom 16.04.2014 hätten die Beschwerdeführer eine entsprechende Stellungnahme erstattet, in welcher im Wesentlichen ausgeführt worden sei, dass der verfahrensgegenständliche Anruf zwar stattgefunden habe, jedoch

durch die Einwilligung der angerufenen Teilnehmerin gedeckt gewesen sei. Erst nach sorgfältiger Prüfung der Nachweise bezüglich der Zustimmung zur Kontaktaufnahme zu Werbezwecken führe die zweitbeschwerdeführende Partei die entsprechenden Anrufe durch.

2.2. Die Durchführung des verfahrensgegenständlichen Anrufs sei vom Erstbeschwerdeführer im Rahmen der Rechtfertigung ausdrücklich bestätigt worden. Nicht bestritten worden sei weiters, dass es sich bei diesem Anruf um einen Anruf zu Werbezwecken gehandelt habe. Entsprechend dem Inhalt des Anrufes (Werbung für die Tarife der zweitbeschwerdeführenden Partei samt Vertragsanbahnung und -abschluss) sei der Werbecharakter des Anrufes zweifelsohne gegeben und es sei in der Rechtfertigung auch darauf hingewiesen worden, dass die zweitbeschwerdeführende Partei Vertragsabschlüsse im Wege des Telefonmarketings anbahne. Es sei jedoch bestritten worden, dass der Anruf ohne Einwilligung stattgefunden habe. Eine eigenständige Definition der Einwilligung oder Zustimmung fehle im TKG 2003. Gemäß § 92 Abs. 1 S 2 TKG 2003 seien, soweit das TKG 2003 nicht anderes bestimme, auf die im TKG 2003 geregelten Sachverhalte die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes 2000 (DSG 2000) anzuwenden. § 4 Z 14 DSG 2000 definiere die Zustimmung (Einwilligung) als die gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwillinge.

2.2. Die Durchführung des verfahrensgegenständlichen Anrufs sei vom Erstbeschwerdeführer im Rahmen der Rechtfertigung ausdrücklich bestätigt worden. Nicht bestritten worden sei weiters, dass es sich bei diesem Anruf um einen Anruf zu Werbezwecken gehandelt habe. Entsprechend dem Inhalt des Anrufes (Werbung für die Tarife der zweitbeschwerdeführenden Partei samt Vertragsanbahnung und -abschluss) sei der Werbecharakter des Anrufes zweifelsohne gegeben und es sei in der Rechtfertigung auch darauf hingewiesen worden, dass die zweitbeschwerdeführende Partei Vertragsabschlüsse im Wege des Telefonmarketings anbahne. Es sei jedoch bestritten worden, dass der Anruf ohne Einwilligung stattgefunden habe. Eine eigenständige Definition der Einwilligung oder Zustimmung fehle im TKG 2003. Gemäß Paragraph 92, Absatz eins, S 2 TKG 2003 seien, soweit das TKG 2003 nicht anderes bestimme, auf die im TKG 2003 geregelten Sachverhalte die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes 2000 (DSG 2000) anzuwenden. Paragraph 4, Ziffer 14, DSG 2000 definiere die Zustimmung (Einwilligung) als die gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwillinge.

Natürlich seien der Schutz vor Belästigungen und der Privatsphäre Schutzzweck der verletzten Norm. Aber auch der Datenschutz sei ein Schutzzweck des § 107 TKG 2003. Es handle sich dabei sozusagen um "Sonderdatenschutzrecht". Die Bestimmung beschäftige sich mit der Verwendung von Daten zur Absetzung unerwünschter Werbenachrichten bzw. von unerwünschten Massensendungen ohne Werbecharakter. Aus der oben bereits angesprochenen Positionierung im 12. Abschnitt habe der Gesetzgeber zudem auch den Datenschutzcharakter der betreffenden Norm unterstrichen. Die diesbezüglichen Ausführungen in der Rechtfertigung seien somit unrichtig. Da eine Einwilligung iSd TKG 2003 eine Zustimmung iSd DSG 2000 sei, seien die Anforderungen dieselben.

Natürlich seien der Schutz vor Belästigungen und der Privatsphäre Schutzzweck der verletzten Norm. Aber auch der Datenschutz sei ein Schutzzweck des Paragraph 107, TKG 2003. Es handle sich dabei sozusagen um "Sonderdatenschutzrecht". Die Bestimmung beschäftige sich mit der Verwendung von Daten zur Absetzung unerwünschter Werbenachrichten bzw. von unerwünschten Massensendungen ohne Werbecharakter. Aus der oben bereits angesprochenen Positionierung im 12. Abschnitt habe der Gesetzgeber zudem auch den Datenschutzcharakter der betreffenden Norm unterstrichen. Die diesbezüglichen Ausführungen in der Rechtfertigung seien somit unrichtig. Da eine Einwilligung iSd TKG 2003 eine Zustimmung iSd DSG 2000 sei, seien die Anforderungen dieselben.

Ausgehend von dieser Definition sei klar, dass die Erklärung, man sei damit einverstanden, von Telekommunikationsunternehmen telefonisch Informationen, Angebote und Werbung zu günstigen Telefentarifen zu erhalten, keine gültige Einwilligung (= Zustimmung) sein könne, da diese zu allgemein gehalten sei und damit eben nicht in eine bestimmte Datennutzung für einen konkreten Zweck eingewilligt werde.

Hier sei auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes (vgl. OGH 20.3.2007,4 Ob 221/06p) zu verweisen: "Geht man - wie das zitierte Schrifttum - von einem synonymen Verständnis der Begriffe ‚Zustimmung‘ und ‚Einwilligung‘ aus, so kann eine (wirksame) Einwilligung im Sinn des § 107 Abs 1 und Abs 2 TKG 2003 nur dann vorliegen, wenn der Betroffene weiß, von welchen Unternehmen er im Wege bestimmt angeführter Kommunikationsmittel Werbung zu erwarten hat und welche Produkte dabei beworben werden." Dies sei hier nicht der Fall. Die Wortfolge "welche Unternehmen" beziehe sich auf eine namentliche Bekanntheit. Somit sei die wiedergegebene Erklärung der

angerufenen Teilnehmerin nicht als Einwilligung zu werten. Hier sei auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vergleiche OGH 20.3.2007, 4 Ob 221/06p) zu verweisen: "Geht man - wie das zitierte Schrifttum - von einem synonymen Verständnis der Begriffe ‚Zustimmung‘ und ‚Einwilligung‘ aus, so kann eine (wirksame) Einwilligung im Sinn des Paragraph 107, Absatz eins und Absatz 2, TKG 2003 nur dann vorliegen, wenn der Betroffene weiß, von welchen Unternehmen er im Wege bestimmter angeführter Kommunikationsmittel Werbung zu erwarten hat und welche Produkte dabei beworben werden." Dies sei hier nicht der Fall. Die Wortfolge "welche Unternehmen" beziehe sich auf eine namentliche Bekanntheit. Somit sei die wiedergegebene Erklärung der angerufenen Teilnehmerin nicht als Einwilligung zu werten.

Wenn man sich zudem die abgegebene Erklärung der Anzeigerin durchlese, sei nicht zu übersehen, dass diese mit dem vorgelesenen Inhalt der "Einwilligung" nicht einverstanden war (arg. "Na Moment. Sie haben."), woraufhin offenbar vom Anrufer auf einen nicht mitprotokollierten Teil des Telefonates Bezug genommen und von einem "einmaligen Rückruf" gesprochen worden sei. Diesbezügliche Teile des Telefonates seien offenbar nicht aufgezeichnet bzw. nicht vorgelegt worden. Seitens der Anzeigerin sei also keine Einwilligung zum Erhalt von Werbeanrufen erteilt worden. Zwischen einem Rückruf und einem Werbeanruf bestehe kein Zusammenhang und das Wort Rückruf könne auch nicht mit dem Wort Werbeanruf gleichgesetzt werden.

Von einer entsprechenden Willenserklärung könne daher nicht gesprochen werden. Diese sei aus Sicht der Behörde, wie bereits ausgeführt, nicht abgegeben worden. Eben aufgrund der allgemeinen Formulierungsweise liege hier keine taugliche Einwilligung vor und vor allem aufgrund des Inhalts der Erklärung der Anzeigerin, nur mit einem einmaligen Rückruf einverstanden zu sein, sodass der Anruf bei dieser ohne vorherige Einwilligung erfolgt und damit der Tatbestand der angelasteten Übertretung in objektiver Weise erfüllt sei.

2.3. Bei der verfahrensgegenständlichen Verwaltungsübertretung handle es sich um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 VStG, sodass bereits eine fahrlässige Tatbegehung für die Strafbarkeit ausreichend sei. Von einem fahrlässigen Verhalten habe die belangte Behörde ohne weiteres dann auszugehen, wenn ein Beschuldigter nicht glaubhaft gemacht habe, dass ihn an einer Übertretung kein Verschulden treffe. Dabei habe ein Beschuldigter in einem Verwaltungsstrafverfahren initiativ alles darzulegen, was seiner Entlastung diene. 2.3. Bei der verfahrensgegenständlichen Verwaltungsübertretung handle es sich um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des Paragraph 5, VStG, sodass bereits eine fahrlässige Tatbegehung für die Strafbarkeit ausreichend sei. Von einem fahrlässigen Verhalten habe die belangte Behörde ohne weiteres dann auszugehen, wenn ein Beschuldigter nicht glaubhaft gemacht habe, dass ihn an einer Übertretung kein Verschulden treffe. Dabei habe ein Beschuldigter in einem Verwaltungsstrafverfahren initiativ alles darzulegen, was seiner Entlastung diene.

Es sei ausgeführt worden, dass vor der Durchführung von Werbeanrufen, das Vorliegen einer Einwilligung geprüft worden sei. Aus dem vorgelegten Einwilligungsnachweis, der ja offenbar auch die Grundlage für die angesprochenen Prüfungen darstelle, sei für jedermann leicht erkennbar, dass die Anzeigerin keine Werbeanrufe wünsche bzw. sie keine diesbezügliche Einwilligung erteilt habe. Dass aufgrund dieses Nachweises dann doch ein Werbeanruf durchgeführt worden sei, sei als fahrlässiges Verhalten zu werten, welches der Erstbeschwerdeführer als Geschäftsführer zu vertreten habe, da offenbar von diesem nicht die geeigneten Vorgaben gemacht und Vorkehrungen getroffen worden seien, um die Bestimmung des § 107 Abs 1 TKG 2003 einzuhalten. Es sei ausgeführt worden, dass vor der Durchführung von Werbeanrufen, das Vorliegen einer Einwilligung geprüft worden sei. Aus dem vorgelegten Einwilligungsnachweis, der ja offenbar auch die Grundlage für die angesprochenen Prüfungen darstelle, sei für jedermann leicht erkennbar, dass die Anzeigerin keine Werbeanrufe wünsche bzw. sie keine diesbezügliche Einwilligung erteilt habe. Dass aufgrund dieses Nachweises dann doch ein Werbeanruf durchgeführt worden sei, sei als fahrlässiges Verhalten zu werten, welches der Erstbeschwerdeführer als Geschäftsführer zu vertreten habe, da offenbar von diesem nicht die geeigneten Vorgaben gemacht und Vorkehrungen getroffen worden seien, um die Bestimmung des Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 einzuhalten.

Die in Rede stehende Übertretung sei dem Erstbeschwerdeführer als verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichem vorgeworfen worden. Als solcher habe dieser dafür Sorge zu tragen, dass die einschlägigen Vorschriften beim Betrieb seines Unternehmens eingehalten werden würden. Dazu sei - gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes - ein entsprechendes Kontrollsystem einzurichten. Das Vorliegen eines solchen Kontrollsystems sei den Ausführungen der Beschwerdeführer nicht zu entnehmen. Es sei nur allgemein behauptet worden, Einwilligungen würden vor den Anrufen kontrolliert werden. Wie das System genau funktioniere und wer die Kontrollen durchführe, sei nicht

ausgeführt worden. Dazu komme noch das eindeutige Fehlen einer Einwilligung, wie leicht zu erkennen gewesen wäre.

Die Übertretung sei dem Erstbeschwerdeführer somit auch subjektiv zuzurechnen.

2.4. Bei der Bemessung der Strafe sei auf § 19 VStG Bedacht zu nehmen. Grundlage für die Bemessung der Strafe seien die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Weiters seien entsprechende Erschwerungs- und Milderungsgründe zu berücksichtigen, sofern diese nicht schon in der Strafdrohung ihren Niederschlag gefunden hätten. Das StGB sei dabei sinngemäß anzuwenden. Das Verschulden sei besonders zu berücksichtigen. Auch auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschuldigten sowie auf allfällige Sorgepflichten sei Bedacht zu nehmen. Die durch die verletzte Norm geschützten Rechtsgüter seien die Privatsphäre natürlicher Personen sowie der Schutz vor Belästigungen durch unerbetene Nachrichten. Auch andere als natürliche Personen würden durch die verletzte Norm geschützt werden. Das rechtlich geschützte Interesse, nicht belästigt zu werden oder keine unerbetenen Werbenachrichten zu erhalten, sei ebenfalls von der verletzten Nachricht umfasst. Das geschützte Rechtsgut sei durch die Übertretung nicht nur unerheblich verletzt worden, sodass der Unrechtsgehalt der Tat und die Beeinträchtigung des Rechtsgutes durch die unerbetene Nachricht nicht gering gewesen seien. Die belangte Behörde habe nicht feststellen vermocht, dass die Einhaltung der verletzten Norm eines besonderen Sorgfaltsmaßstabs bedurft hätte oder dass die Begehung der Übertretung nur schwer zu vermeiden gewesen wäre. Das den Tatbestand verwirklichende Verhalten bleibe auch nicht erheblich hinter dem in der verletzten Bestimmung normierten Unrechts- und Schuldgehalt zurück, sodass ein Absehen von der Strafe und der Ausspruch einer Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG nicht in Frage gekommen seien. Dem Erstbeschwerdeführer sei ein fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen. Mildernd sei die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Erstbeschwerdeführers gewesen. Erschwerungsgründe seien keine hervorgekommen. Die verhängte Strafe von 700 Euro sei somit jedenfalls tat- und schuldangemessen. Sie betrage rund 1,2 % der Höchststrafe von 58.000 Euro und sei somit am untersten Rand des gesetzlichen Strafrahmens angesiedelt. Der Erstbeschwerdeführer habe zu seinen finanziellen Verhältnissen keine Angaben gemacht, weshalb diese zu schätzen und als wenigstens durchschnittlich einzustufen seien. Die verhängte Strafe sei in dieser Hinsicht auch angemessen.

2.4. Bei der Bemessung der Strafe sei auf Paragraph 19, VStG Bedacht zu nehmen. Grundlage für die Bemessung der Strafe seien die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Weiters seien entsprechende Erschwerungs- und Milderungsgründe zu berücksichtigen, sofern diese nicht schon in der Strafdrohung ihren Niederschlag gefunden hätten. Das StGB sei dabei sinngemäß anzuwenden. Das Verschulden sei besonders zu berücksichtigen. Auch auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Beschuldigten sowie auf allfällige Sorgepflichten sei Bedacht zu nehmen. Die durch die verletzte Norm geschützten Rechtsgüter seien die Privatsphäre natürlicher Personen sowie der Schutz vor Belästigungen durch unerbetene Nachrichten. Auch andere als natürliche Personen würden durch die verletzte Norm geschützt werden. Das rechtlich geschützte Interesse, nicht belästigt zu werden oder keine unerbetenen Werbenachrichten zu erhalten, sei ebenfalls von der verletzten Nachricht umfasst. Das geschützte Rechtsgut sei durch die Übertretung nicht nur unerheblich verletzt worden, sodass der Unrechtsgehalt der Tat und die Beeinträchtigung des Rechtsgutes durch die unerbetene Nachricht nicht gering gewesen seien. Die belangte Behörde habe nicht feststellen vermocht, dass die Einhaltung der verletzten Norm eines besonderen Sorgfaltsmaßstabs bedurft hätte oder dass die Begehung der Übertretung nur schwer zu vermeiden gewesen wäre. Das den Tatbestand verwirklichende Verhalten bleibe auch nicht erheblich hinter dem in der verletzten Bestimmung normierten Unrechts- und Schuldgehalt zurück, sodass ein Absehen von der Strafe und der Ausspruch einer Ermahnung gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 4, VStG nicht in Frage gekommen seien. Dem Erstbeschwerdeführer sei ein fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen. Mildernd sei die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Erstbeschwerdeführers gewesen. Erschwerungsgründe seien keine hervorgekommen. Die verhängte Strafe von 700 Euro sei somit jedenfalls tat- und schuldangemessen. Sie betrage rund 1,2 % der Höchststrafe von 58.000 Euro und sei somit am untersten Rand des gesetzlichen Strafrahmens angesiedelt. Der Erstbeschwerdeführer habe zu seinen finanziellen Verhältnissen keine Angaben gemacht, weshalb diese zu schätzen und als wenigstens durchschnittlich einzustufen seien. Die verhängte Strafe sei in dieser Hinsicht auch angemessen.

2.5. Es sei somit spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

3. Gegen dieses Straferkenntnis erhoben die Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde, in welcher im Wesentlichen Folgendes ausgeführt wurde:

3.1. Die zweitbeschwerdeführende Partei bahne Vertragsabschlüsse ua im Wege des Telefonmarketings an. Dabei

würden ausschließlich Personen angerufen werden, deren Daten gegen Entgelt von der XXXX bezogen werden würden. Gemeinsam mit den "Stammdaten" potentieller Kunden (Namen, Adresse, Telefonnummer und Geburtsdatum) würde die zweitbeschwerdeführende Partei von der XXXX einen Nachweis dafür erhalten, dass diese Personen einer telefonischen Kontaktaufnahme zu Werbezwecken zugestimmt hätten. Erst nach sorgfältiger Prüfung dieser Nachweise führe die zweitbeschwerdeführende Partei dann ihre Werbeanrufe durch. 3.1. Die zweitbeschwerdeführende Partei bahne Vertragsabschlüsse ua im Wege des Telefonmarketings an. Dabei würden ausschließlich Personen angerufen werden, deren Daten gegen Entgelt von der römisch 40 bezogen werden würden. Gemeinsam mit den "Stammdaten" potentieller Kunden (Namen, Adresse, Telefonnummer und Geburtsdatum) würde die zweitbeschwerdeführende Partei von der römisch 40 einen Nachweis dafür erhalten, dass diese Personen einer telefonischen Kontaktaufnahme zu Werbezwecken zugestimmt hätten. Erst nach sorgfältiger Prüfung dieser Nachweise führe die zweitbeschwerdeführende Partei dann ihre Werbeanrufe durch.

Auch die Daten der Anzeigerin habe die zweitbeschwerdeführende Partei von der XXXX bezogen. Wie sich aus dem Wortlautprotokoll der XXXX ergebe, habe diese Gesellschaft bereits am 20.11.2013 telefonisch die Zustimmung von der Anzeigerin zu Werbeanrufen von Telekommunikationsunternehmen eingeholt. Auch die Daten der Anzeigerin habe die zweitbeschwerdeführende Partei von der römisch 40 bezogen. Wie sich aus dem Wortlautprotokoll der römisch 40 ergebe, habe diese Gesellschaft bereits am 20.11.2013 telefonisch die Zustimmung von der Anzeigerin zu Werbeanrufen von Telekommunikationsunternehmen eingeholt.

3.2. Der Anruf am 20.11.2013 sei also - entgegen den Ausführungen im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses - nicht von der zweitbeschwerdeführenden Partei, sondern von der von der XXXX getätigt worden. Auf welche Weise die XXXX zuvor eine Einwilligung zu ihrem eigenen Anruf bei der Anzeigerin erlangt habe, sei den Beschwerdeführern nicht bekannt. Unabhängig davon können die Beschwerdeführer nicht für das Verhalten eines von der zweitbeschwerdeführenden Partei völlig verschiedenen Rechtsträgers (verwaltungsstrafrechtlich) verantwortlich gemacht werden. Dies umso weniger als sie keine Anhaltspunkte dafür hätten, dass die XXXX ihre eigenen Anrufe ohne entsprechende Vorab Einwilligungen tätigen würde. 3.2. Der Anruf am 20.11.2013 sei also - entgegen den Ausführungen im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses - nicht von der zweitbeschwerdeführenden Partei, sondern von der von der römisch 40 getätigt worden. Auf welche Weise die römisch 40 zuvor eine Einwilligung zu ihrem eigenen Anruf bei der Anzeigerin erlangt habe, sei den Beschwerdeführern nicht bekannt. Unabhängig davon können die Beschwerdeführer nicht für das Verhalten eines von der zweitbeschwerdeführenden Partei völlig verschiedenen Rechtsträgers (verwaltungsstrafrechtlich) verantwortlich gemacht werden. Dies umso weniger als sie keine Anhaltspunkte dafür hätten, dass die römisch 40 ihre eigenen Anrufe ohne entsprechende Vorab Einwilligungen tätigen würde.

3.3. Auch der Anruf vom 21.11.2013, welcher tatsächlich von der zweitbeschwerdeführenden Partei getätigt worden sei, könne den Beschwerdeführern nicht zum Vorwurf gemacht werden:

Aus einem Umkehrschluss zu § 107 Abs 1 TKG ergebe sich, dass "Anrufe [...] zu Werbezwecken [nach] vorheriger Einwilligung des Teilnehmers" zulässig seien. Die Anzeigerin habe am 20.11.2013 einem (einmaligen) Rückruf zu Werbezwecken durch ein Telekommunikationsunternehmen zugestimmt. Diese Zustimmung erfülle die Anforderungen an eine "Einwilligung" im Sinne des § 107 Abs 1 TKG, zumal sie die Art des anrufenden Unternehmens und den Zweck des Anrufs genau bezeichne. Aus einem Umkehrschluss zu Paragraph 107, Absatz eins, TKG ergebe sich, dass "Anrufe [...] zu Werbezwecken [nach] vorheriger Einwilligung des Teilnehmers" zulässig seien. Die Anzeigerin habe am 20.11.2013 einem (einmaligen) Rückruf zu Werbezwecken durch ein Telekommunikationsunternehmen zugestimmt. Diese Zustimmung erfülle die Anforderungen an eine "Einwilligung" im Sinne des Paragraph 107, Absatz eins, TKG, zumal sie die Art des anrufenden Unternehmens und den Zweck des Anrufs genau bezeichne.

Im angefochtenen Straferkenntnis vertrete die belangte Behörde dagegen die Auffassung, dass die Anzeigerin zwar einem einmaligen Rückruf durch ein Telekommunikationsunternehmen, nicht aber einem Werbeanruf durch ein solches Unternehmen zugestimmt habe. Aus dem Gesamtzusammenhang des Gesprächs ergebe sich aber unzweifelhaft, dass mit der Wortfolge "Also für den einmaligen Rückruf nur." eben nur die unmittelbar zuvor erwähnte telefonische Übermittlung von Informationen, Angeboten und Werbung gemeint sein könne. Allgemein erschiene es geradezu lebensfremd, wolle man der XXXX ein Interesse an einem Rückruf bei der Anzeigerin zu anderen Zwecken als zu Werbezwecken unterstellen. Im angefochtenen Straferkenntnis vertrete die belangte Behörde dagegen die Auffassung, dass die Anzeigerin zwar einem einmaligen Rückruf durch ein Telekommunikationsunternehmen, nicht

aber einem Werbeanruf durch ein solches Unternehmen zugestimmt habe. Aus dem Gesamtzusammenhang des Gesprächs ergebe sich aber unzweifelhaft, dass mit der Wortfolge "Also für den einmaligen Rückruf nur." eben nur die unmittelbar zuvor erwähnte telefonische Übermittlung von Informationen, Angeboten und Werbung gemeint sein könne. Allgemein erschiene es geradezu lebensfremd, wolle man der römisch 40 ein Interesse an einem Rückruf bei der Anzeigerin zu anderen Zwecken als zu Werbezwecken unterstellen.

3.4. Aus der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 4 Ob 221/06p ergäbe sich, dass eine Einwilligung im Sinne des § 107 Abs 1 TKG die individuelle Bezeichnung potentieller Anrufer voraussetze. 3.4. Aus der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 4 Ob 221/06p ergäbe sich, dass eine Einwilligung im Sinne des Paragraph 107, Absatz eins, TKG die individuelle Bezeichnung potentieller Anrufer voraussetze.

Dem sei zunächst zu entgegnen, dass auch im Verwaltungsstrafrecht der Grundsatz nulla poena sine lege scripta gelte. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch liege eine Einwilligung zu einem Anruf durchaus auch dann vor, wenn der Teilnehmer seine Einwilligung zu einem Anruf durch eine bestimmte "Kategorie" von Anrufern erklärt habe. Aus dem Wortlaut des § 107 Abs 1 TKG könne also keineswegs geschlossen werden, dass sich eine Einwilligung im Sinne dieser Bestimmung auf ein individuell bezeichnetes Unternehmen beziehen müsste. Dem sei zunächst zu entgegnen, dass auch im Verwaltungsstrafrecht der Grundsatz nulla poena sine lege scripta gelte. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch liege eine Einwilligung zu einem Anruf durchaus auch dann vor, wenn der Teilnehmer seine Einwilligung zu einem Anruf durch eine bestimmte "Kategorie" von Anrufern erklärt habe. Aus dem Wortlaut des Paragraph 107, Absatz eins, TKG könne also keineswegs geschlossen werden, dass sich eine Einwilligung im Sinne dieser Bestimmung auf ein individuell bezeichnetes Unternehmen beziehen müsste.

Auch wenn § 4 Z 12 DSG 2000 im Sinne des vorgenannten Grundsatzes nulla poena sine lege scripta noch als Teil des "geschriebenen § 107 Abs 1 TKG" zu qualifizieren sei - dies werde ausdrücklich bestritten -, könne dies eine verwaltungsstrafrechtliche Haftung der Beschwerdeführer nicht begründen. Auch aus dem Wortlaut des § 4 Z 12 DSG 2000 oder aus jenem der Definition der Einwilligung in Art 2 lit h) der Datenschutzrichtlinie könne nämlich nicht geschlossen werden, dass sich eine Zustimmung bzw. Einwilligung im Sinne dieser Bestimmungen auf ein individuell bezeichnetes Unternehmen beziehen müsse. Auch wenn Paragraph 4, Ziffer 12, DSG 2000 im Sinne des vorgenannten Grundsatzes nulla poena sine lege scripta noch als Teil des "geschriebenen Paragraph 107, Absatz eins, TKG" zu qualifizieren sei - dies werde ausdrücklich bestritten -, könne dies eine verwaltungsstrafrechtliche Haftung der Beschwerdeführer nicht begründen. Auch aus dem Wortlaut des Paragraph 4, Ziffer 12, DSG 2000 oder aus jenem der Definition der Einwilligung in Artikel 2, Litera h,) der Datenschutzrichtlinie könne nämlich nicht geschlossen werden, dass sich eine Zustimmung bzw. Einwilligung im Sinne dieser Bestimmungen auf ein individuell bezeichnetes Unternehmen beziehen müsse.

Dies sei offenbar auch der belangten Behörde bewusst. Wohl aus diesem Grund versuche sie, ein angeblich für eine Einwilligung im Sinne des § 107 Abs 1 TKG geltendes "Individualisierungsgebot" aus der zivilrechtlichen Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 4 Ob 221/06p abzuleiten. Entgegen den Ausführungen im angefochtenen Straferkenntnis bestätige das von der belangten Behörde im angefochtenen Straferkenntnis angeführte Zitat aus dieser Entscheidung ein solches Individualisierungsgebot aber nicht: Dies sei offenbar auch der belangten Behörde bewusst. Wohl aus diesem Grund versuche sie, ein angeblich für eine Einwilligung im Sinne des Paragraph 107, Absatz eins, TKG geltendes "Individualisierungsgebot" aus der zivilrechtlichen Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu 4 Ob 221/06p abzuleiten. Entgegen den Ausführungen im angefochtenen Straferkenntnis bestätige das von der belangten Behörde im angefochtenen Straferkenntnis angeführte Zitat aus dieser Entscheidung ein solches Individualisierungsgebot aber nicht:

Der Umstand, dass die Kenntnis des Teilnehmers "von welchen Unternehmen" (im Plural) er Werbung zu erwarten habe, als Voraussetzung für das Vorliegen "einer (wirksamen) Einwilligung" (im Singular) genannt werde, spreche eher dafür, dass der Oberste Gerichtshof auch die Kenntnis der Kategorie der potentiell anrufenden Unternehmen genügen lasse.

Selbst wenn die zivilrechtliche Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zu 4 Ob 221/06p ein Individualisierungsgebot enthalten sollte, hätte dies für das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren aber keine Relevanz. So gelte der Grundsatz nulla poena sine lege scripta in Zivilrechtssachen eben - anders als in Strafsachen - nicht. In diesem Zusammenhang sei weiters zu bemerken, dass die genannte Entscheidung eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen

enthaltene Zustimmungserklärung zum Gegenstand gehabt habe. Der Oberste Gerichtshof habe das "Ausreichen" dieser Erklärung also gerade auch im Lichte des zivilrechtlichen (konsumentenschutzrechtlichen) Transparenzgebots zu beurteilen gehabt, welches - jedenfalls für Zwecke eines Verwaltungsstrafverfahrens - nicht in § 107 Abs 1 TKG "hineingelesen" werden könne. Selbst wenn die zivilrechtliche Entscheidung des Obersten Gerichtshofes zu 4 Ob 221/06p ein Individualisierungsgebot enthalten sollte, hätte dies für das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren aber keine Relevanz. So gelte der Grundsatz nulla poena sine lege scripta in Zivilrechtssachen eben - anders als in Strafsachen - nicht. In diesem Zusammenhang sei weiters zu bemerken, dass die genannte Entscheidung eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Zustimmungserklärung zum Gegenstand gehabt habe. Der Oberste Gerichtshof habe das "Ausreichen" dieser Erklärung also gerade auch im Lichte des zivilrechtlichen (konsumentenschutzrechtlichen) Transparenzgebots zu beurteilen gehabt, welches - jedenfalls für Zwecke eines Verwaltungsstrafverfahrens - nicht in Paragraph 107, Absatz eins, TKG "hineingelesen" werden könne.

3.5. Sollte die im vorliegenden Wortlautprotokoll enthaltenen Erklärungen von der Anzeigerin tatsächlich nicht als "Einwilligung" im Sinne des § 107 Abs 1 TKG zu qualifizieren sei, wäre dies, wie sich aus den Ausführungen unter Punkt 4. ergebe, keineswegs leicht erkennbar gewesen. Sofern man dem Erstbeschwerdeführer überhaupt ein Verschulden zur Last legen könne, wäre dieses nur als sehr gering einzustufen. Vor diesem Hintergrund wäre schon eine Abmahnung des Erstbeschwerdeführers ausreichend gewesen. Zumindest hätte die Strafe noch geringer bemessen werden müssen. 3.5. Sollte die im vorliegenden Wortlautprotokoll enthaltenen Erklärungen von der Anzeigerin tatsächlich nicht als "Einwilligung" im Sinne des Paragraph 107, Absatz eins, TKG zu qualifizieren sei, wäre dies, wie sich aus den Ausführungen unter Punkt 4. ergebe, keineswegs leicht erkennbar gewesen. Sofern man dem Erstbeschwerdeführer überhaupt ein Verschulden zur Last legen könne, wäre dieses nur als sehr gering einzustufen. Vor diesem Hintergrund wäre schon eine Abmahnung des Erstbeschwerdeführers ausreichend gewesen. Zumindest hätte die Strafe noch geringer bemessen werden müssen.

3.6. Der Beschwerdeführer stelle daher die Anträge an das Bundesverwaltungsgericht, es möge

"1. eine mündliche Verhandlung durchführen und

2. das angefochtene Straferkenntnis der belangten Behörde vom 27.10.2014 zur Geschäftszahl BMVIT-631.540/1074-III/FBW/2013 aufheben, in der Sache selbst erkennen und die Einstellung des Strafverfahrens gegen den Beschuldigten (und die Mithaftende) verfügen

in eventu

3. das angefochtene Straferkenntnis der belangten Behörde vom 27.10.2014 zur Geschäftszahl BMVIT-631.540/1074-III/FBW/2013 aufheben, in der Sache selbst erkennen und die Strafe reduzieren

in eventu

4. das angefochtene Straferkenntnis der belangten Behörde vom 27.10.2014 zur Geschäftszahl BMVIT-631.540/1074-III/FBW/2013 aufheben und zur neuerlichen Entscheidung an die belangte Behörde zurückverweisen."

4. Mit Beschwerdevorlage vom 28.11.2014 übermittelte die belangte Behörde den vorliegenden Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht. Ergänzend wurde von der belangten Behörde im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

4.1. Hinsichtlich der Nennung des Anrufes vom 20.11.2013 im Spruch des Straferkenntnisses sei darauf hinzuweisen, dass es sich dabei um ein Versehen der belangten Behörde gehandelt habe. Aus der Begründung ergebe sich eindeutig, dass dieser Anruf von der belangten Behörde nicht der zweitbeschwerdeführenden Partei zugerechnet worden sei, sondern wie in der Rechtfertigung ausgeführt der XXXX. In der Begründung sei immer auch nur von einem Anruf die Rede gewesen. Auch sei nur eine Strafe ausgesprochen worden, obwohl im Spruch des Straferkenntnisses zwei Anrufe angeführt worden seien. Bestraft sei nur der Anruf vom 21.11.2013 worden. Einer Berichtigung des Spruches durch Streichung der Wortfolge "am 20.11.2013, ca 15 Uhr und" werde daher nicht entgegengetreten, weshalb dies auch von der belangten Behörde beantragt werde. Richtigerweise hätte das angefochtene Straferkenntnis diesbezüglich zwei Spruchpunkte enthalten müssen, wobei in einem die Einstellung des Verfahrens hinsichtlich des Anrufes vom 20.11.2013 gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG 1991 zu verfügen gewesen wäre. 4.1. Hinsichtlich der Nennung des Anrufes vom 20.11.2013 im Spruch des Straferkenntnisses sei darauf hinzuweisen, dass es sich dabei um ein Versehen der belangten Behörde gehandelt habe. Aus der Begründung ergebe sich eindeutig, dass dieser Anruf von der belangten Behörde nicht der zweitbeschwerdeführenden Partei zugerechnet worden sei, sondern wie in

der Rechtfertigung ausgeführt der römisch 40. In der Begründung sei immer auch nur von einem Anruf die Rede gewesen. Auch sei nur eine Strafe ausgesprochen worden, obwohl im Spruch des Straferkenntnisses zwei Anrufe angeführt worden seien. Bestraft sei nur der Anruf vom 21.11.2013 worden. Einer Berichtigung des Spruches durch Streichung der Wortfolge "am 20.11.2013, ca 15 Uhr und" werde daher nicht entgegengetreten, weshalb dies auch von der belangten Behörde beantragt werde. Richtigerweise hätte das angefochtene Straferkenntnis diesbezüglich zwei Spruchpunkte enthalten müssen, wobei in einem die Einstellung des Verfahrens hinsichtlich des Anrufes vom 20.11.2013 gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 2, VStG 1991 zu verfügen gewesen wäre.

4.2. Es dürfe darauf verwiesen werden, dass auf Seite 3 des Straferkenntnisses im Zuge der Erstellung der Reinschrift und Konvertierung in ein PDF-Dokument die eingefügte Grafik (Wortlautprotokoll) verschoben worden sei und dadurch ein Teil des Inhaltes der Begründung verdeckt worden seien. Dieser Absatz beziehe sich auf die in der Rechtfertigung getätigten Ausführungen und laute vollständig: "Die von der XXXX eingeholte Einwilligung im Sinn des § 107 Abs 1 TKG sei nicht nach den besonders strengen Maßstäben des § 6 Abs 3 KSchG zu prüfen. Anders als bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern versteckten Einwilligungen hätte XXXX im mit der XXXX geführten Gespräch eine Einwilligung verweigern können oder eine nähere Präzisierung des konkreten Werbeanrufes einfordern können. Im Rahmen einer Verwaltungsstrafverfahrens sei es aber überhaupt fraglich, ob die Einhaltung der Bestimmungen des KSchG zu prüfen sei." 4.2. Es dürfe darauf verwiesen werden, dass auf Seite 3 des Straferkenntnisses im Zuge der Erstellung der Reinschrift und Konvertierung in ein PDF-Dokument die eingefügte Grafik (Wortlautprotokoll) verschoben worden sei und dadurch ein Teil des Inhaltes der Begründung verdeckt worden seien. Dieser Absatz beziehe sich auf die in der Rechtfertigung getätigten Ausführungen und laute vollständig: "Die von der römisch 40 eingeholte Einwilligung im Sinn des Paragraph 107, Absatz eins, TKG sei nicht nach den besonders strengen Maßstäben des Paragraph 6, Absatz 3, KSchG zu prüfen. Anders als bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern versteckten Einwilligungen hätte römisch 40 im mit der römisch 40 geführten Gespräch eine Einwilligung verweigern können oder eine nähere Präzisierung des konkreten Werbeanrufes einfordern können. Im Rahmen einer Verwaltungsstrafverfahrens sei es aber überhaupt fraglich, ob die Einhaltung der Bestimmungen des KSchG zu prüfen sei."

4.3. Hinsichtlich des mit 700,-- Euro bestraften Anrufes vom 21.11.2013 sei auf die Begründung des angefochtenen Bescheides zu verweisen. Dieser Anruf sei durch keine Einwilligung gedeckt gewesen, sodass dieser zu Recht zu bestrafen gewesen sei. Der Herabsetzung der Strafe werde entschieden entgegengetreten.

4.4. Es werde die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

5. Am 12.02.2016 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an welcher die Beschwerdeführer und deren Rechtsvertreter (RV) sowie ein Vertreter der belangten Behörde teilnahmen. In der Verhandlung wurde auch XXXX (Z) einvernommen. Im Rahmen der Verhandlung wurde auszugsweise Folgendes erörtert: 5. Am 12.02.2016 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an welcher die Beschwerdeführer und deren Rechtsvertreter Regierungsvorlage sowie ein Vertreter der belangten Behörde teilnahmen. In der Verhandlung wurde auch römisch 40 (Z) einvernommen. Im Rahmen der Verhandlung wurde auszugsweise Folgendes erörtert:

"BF1: Es ist korrekt, dass in dem Anruf vom 21.11.2013 Telefonieprodukte/Tarife der XXXX beworben wurden. In diesem Telefonat ging es nicht unmittelbar um den Verkauf der Produkte, sondern um das Interesse an diesen Produkten." BF1: Es ist korrekt, dass in dem Anruf vom 21.11.2013 Telefonieprodukte/Tarife der römisch 40 beworben wurden. In diesem Telefonat ging es nicht unmittelbar um den Verkauf der Produkte, sondern um das Interesse an diesen Produkten.

RI: Was meinen Sie mit Interesse an diesen Produkten? Worum ging es bei diesen Anruf?

BF1: Es ging darum, ob die Kundin bzw. potentielle Kundin Interesse an XXXXon Produkten hat.

RI: Gab es aus Ihrer Sicht eine Einwilligung zum Anruf?

BF1: Aus meiner Sicht gab es eine eindeutige Einwilligung der Zeugin, die sich aus dem bereits vorgelegten Mitschnitt des Telefonates vom 20.11.2013 ergibt. Wir können das entsprechende Gespräch auch heute nochmals zur Anhörung bringen.

RI: In der Beschwerde (S 2) heißt es, dass "die Mithaftende von der XXXX auch jeweils einen Nachweis dafür [erhält],

dass diese Personen einer telefonischen Kontaktaufnahme zu Werbezwecken zugestimmt haben." Wie schaut dieser Nachweis aus?RI: In der Beschwerde (S 2) heißt es, dass "die Mithaftende von der römisch 40 auch jeweils einen Nachweis dafür [erhält], dass diese Personen einer telefonischen Kontaktaufnahme zu Werbezwecken zugestimmt haben." Wie schaut dieser Nachweis aus?

BF1: Das sind Mitschnitte der Telefonanrufe, die wir von der XXXX erhalten und die von uns im Haus dann entsprechend geprüft werden.BF1: Das sind Mitschnitte der Telefonanrufe, die wir von der römisch 40 erhalten und die von uns im Haus dann entsprechend geprüft werden.

RI: Wollen Sie dazu noch etwas ergänzen?

[...]

RV: Wie funktioniert das Qualitätsmanagement bei XXXX. Beschreiben Sie bitte den Prozess im Zuge dessen sichergestellt wird, dass cold calling Anrufe vermieden werden.Regierungsvorlage, Wie funktioniert das Qualitätsmanagement bei römisch 40 . Beschreiben Sie bitte den Prozess im Zuge dessen sichergestellt wird, dass cold calling Anrufe vermieden werden.

BF1: Die Mitschnitte, die wir bekommen, werden von einer eigenen Abteilung ("Voice Quality Management") in unserem Unternehmen abgehört und überprüft, ob dort eine eindeutige Einverständniserklärung des Kunden erfolgt ist. Im besagten Fall lag eine solche Zustimmung vor. Ansonsten wäre die Kundin nicht angerufen worden. Wir hätten die entsprechenden Datensätze "storniert".

[...]

BehV: Werden die Mitschnitte der Telefonate gemeinsam mit den Daten der potentiellen Kunden geliefert?

BF1: Ja.

BehV: Erfolgt die Überprüfung der Mitschnitte auf Einverständniserklärungen vor Durchführung der Werbeanrufe?

BF1: Ja.

BehV: Werden da alle von der XXXX übermittelten Daten überprüft oder erfolgt die Überprüfung nur stichprobenartig?BehV: Werden da alle von der römisch 40 übermittelten Daten überprüft oder erfolgt die Überprüfung nur stichprobenartig?

BF1: Es werden alle Telefonatmitschnitte überprüft.

BehV: Können Sie noch sagen, wann dieser Mitschnitt genau datumsmäßig geprüft wurde?

BF1: Das kann ich Ihnen jetzt nicht sagen, aber auf jeden Fall vor dem Telefonat am darauffolgenden Tag. Es handelt sich bei dieser Abteilung um eine große Abteilung.

BehV: Wie viele Personen sind in dieser Abteilung beschäftigt?

BF1: 10 bis 12 Personen.

BehV: Hinsichtlich der Datenübermittlung, wie sieht das aus, wird das einmal pro Tag übermittelt? Gab es bestimmte Zeiten?

BF1: Die Files werden auf dem FTP-Server abgelegt. Das erfolgt mehrmals am Tag. Die XXXXlegt die Daten auf einem Server ab, auf den sowohl ihre Mitarbeiter als auch jene der Zweitbeschwerdeführerin Zugriff haben.

[...]

Z1: Ja, ich habe den Sachverhalt bei der AK angezeigt. Bezogen auf den zweiten Anruf vom 21.11.2013 möchte ich Folgendes ausführen: Der Anrufer hat mir erklärt, dass ich schon einen Vertrag habe und dass ich meine Einwilligung bereits erteilt habe, was mich erbost hat. Mir wurde bei meinem Telefonat am 20.11.2013 gesagt, dass ich laut und deutlich ein "Ja" sagen soll und mein Geburtsdatum nennen soll. Beim Anruf am 21.11.2013 habe ich mir dann gedacht, ob dieses Telefonat vom 20.11. so zusammengeschnitten wurde, dass sich das Ja auf einen Vertragsabschluss bezieht.

RI: Wer war Anrufer am 21.11.2013?

Z1: Den Namen weiß ich nicht. Er hat den Namen vielleicht nur unhörbar am Beginn gesagt. Von der Stimme nach war

es ein Mann. Er hatte gesagt, ich hätte einen Auftrag erteilt und ich hätte nur 19,-- Euro im Monat zu zahlen. Dann habe ich gefragt, um was für eine Firma es sich handelte und er sagte XXXX. Er hat immer wieder diese Worte wiederholt. Ich habe ihn gefragt, wie er auf die Idee käme, dass ich einen Auftrag erteilt habe. Er wollte mir keine Details zum Vertrag nennen. Daraufhin habe ich den Konsumentenservice der AK angerufen und dieser hat mir geraten, dass ich das beim Fernmeldeamt anzeigen soll und der AK eine Sachverhaltsdarstellung schicken soll. Beim Anruf vom 20.11.2013 hat sich jemand gemeldet und er hat gesagt, er sei von XXXX, dies ist mein Festnetz- und Internetanbieter und hat gesagt, er macht eine Analyse der Kosten. Er überprüft, ob es für mich einen günstigeren Tarif gibt.Z1: Den Namen weiß ich nicht. Er hat den Namen vielleicht nur unhörbar am Beginn gesagt. Von der Stimme nach war es ein Mann. Er hatte gesagt, ich hätte einen Auftrag erteilt und ich hätte nur 19,-- Euro im Monat zu zahlen. Dann habe ich gefragt, um was für eine Firma es sich handelte und er sagte römisch 40 . Er hat immer wieder diese Worte wiederholt. Ich habe ihn gefragt, wie er auf die Idee käme, dass ich einen Auftrag erteilt habe. Er wollte mir keine Details zum Vertrag nennen. Daraufhin habe ich den Konsumentenservice der AK angerufen und dieser hat mir geraten, dass ich das beim Fernmeldeamt anzeigen soll und der AK eine Sachverhaltsdarstellung schicken soll. Beim Anruf vom 20.11.2013 hat sich jemand gemeldet und er hat gesagt, er sei von römisch 40 , dies ist mein Festnetz- und Internetanbieter und hat gesagt, er macht eine Analyse der Kosten. Er überprüft, ob es für mich einen günstigeren Tarif gibt.

RI: Wie ist dieses Gespräch weitergegangen?

Z1: Ich bin davon ausgegangen, dass er wirklich von der XXXX ist. Er hat gesagt, dass er zu Dokumentationszwecken das Band mitlaufen lässt, und ich solle dazu laut und deutlich ja sagen. Das habe ich auch getan. Dann wollte er das Geburtsdatum haben. Ich habe ihm nur das Geburtsjahr gesagt, weil ich es seltsam fand, dass dieser mein Geburtsdatum wissen will, wenn er lediglich eine Analyse durchführen möchte, ob es einen günstigeren Tarif für mich gibt. Ich habe mein Geburtsjahr nur gesagt, um zu zeigen, dass ich volljährig bin. Er hat gesagt, dass er das vergleicht und sich am nächsten Tag noch einmal melden wird.Z1: Ich bin davon ausgegangen, dass er wirklich von der römisch 40 ist. Er hat gesagt, dass er zu Dokumentationszwecken das Band mitlaufen lässt, und ich solle dazu laut und deutlich ja sagen. Das habe ich auch getan. Dann wollte er das Geburtsdatum haben. Ich habe ihm nur das Geburtsjahr gesagt, weil ich es seltsam fand, dass dieser mein Geburtsdatum wissen will, wenn er lediglich eine Analyse durchführen möchte, ob es einen günstigeren Tarif für mich gibt. Ich habe mein Geburtsjahr nur gesagt, um zu zeigen, dass ich volljährig bin. Er hat gesagt, dass er das vergleicht und sich am nächsten Tag noch einmal melden wird.

RI: Hat es nur diese beiden Anrufe gegeben?

Z1: Es hat nur diese beiden Anrufe gegeben. Mich selbst hat niemand ein weiteres Mal angerufen haben. Ich lebe im selben Haus wie meine Mutter. Auch sie könnte einen Anruf entgegengenommen haben, sie kann sich jedoch auch an keinen Anruf erinnern. Meine beiden Kinder (2013 war die Tochter 13 und der Sohn 15) können auch das Telefon abgenommen haben.

[...]

RI: Das Vorbringen ist, dass Sie erklärt haben, einverstanden zu sein, dass Ihnen Telekommunikationsunternehmen telefonisch Informationen, Angebote und Werbung zu günstigeren Tarifanbietern innerhalb der nächsten 8 Monate an Ihre genannte Rufnummer übermitteln dürfen. Sie hätten darauf gesagt: NA, Moment." Ist Ihnen dieser Dialog noch in Erinnerung?

Z1: Es gibt mehrere "Keileranrufe", dabei handelt es sich um mein subjektives Empfinden hinsichtlich der Qualität dieser Anrufe. Mein erster Eindruck hinsichtlich des Anrufes vom 20.11.2013 war, dieser Anruf kommt von meinem Anbieter (XXXX), der versuchen wollte, mir einen günstigeren Tarif anzubieten. Gegen den Vorschlag eines günstigeren Tarifes habe ich grundsätzlich keinen Einwand gehabt.Z1: Es gibt mehrere "Keileranrufe", dabei handelt es sich um mein subjektives Empfinden hinsichtlich der Qualität dieser Anrufe. Mein erster Eindruck hinsichtlich des Anrufes vom 20.11.2013 war, dieser Anruf kommt von meinem Anbieter (römisch 40), der versuchen wollte, mir einen günstigeren Tarif anzubieten. Gegen den Vorschlag eines günstigeren Tarifes habe ich grundsätzlich keinen Einwand gehabt.

RI: Ganz konkret gefragt: Haben Sie in diesem Telefonat am 20.11.2013 der XXXX eine Einwilligung erteilt, Werbeanrufe zu tätigen?RI: Ganz konkret gefragt: Haben Sie in diesem Telefonat am 20.11.2013 der römisch 40 eine Einwilligung erteilt, Werbeanrufe zu tätigen?

Z1: Nein.

RI: Sie haben davon gesprochen, dass es "gefinkelt" sei, und Sie "indirekt" eine Einwilligung am 20.11.2013 erteilt hätten. Was meinen Sie damit?

Z1: Er hat mich gefragt, ob er mich am nächsten Tag anrufen darf, und die Tarife vergleichen darf.

RI: Was haben Sie daher erwartet, dass am nächsten Tag für ein Gespräch stattfinden wird.

Z1: Dass derselbe Anrufer - am 21. hat mich ein anderer angerufen - mir am nächsten Tag sagt, die XXXX, mein Telefon- und Internet Anbieter hat einen günstigeren Tarif für mich oder eben nicht. Mein Ärger ist beim zweiten Anruf am 21.11.2013 entstanden, da alles offenbar anders war als es gemeint war und ich war am 20.11.2013 offenbar naiv. Z1: Dass derselbe Anrufer - am 21. hat mich ein anderer angerufen - mir am nächsten Tag sagt, die römisch 40 , mein Telefon- und Internet Anbieter hat einen günstigeren Tarif für mich oder eben nicht. Mein Ärger ist beim zweiten Anruf am 21.11.2013 entstanden, da alles offenbar anders war als es gemeint war und ich war am 20.11.2013 offenbar naiv.

RI: Haben Sie der XXXX eine Einwilligung zum Erhalt von Werbeanrufen erteilt? RI: Haben Sie der römisch 40 eine Einwilligung zum Erhalt von Werbeanrufen erteilt?

Z1: Ich höre zum ersten Mal XXXX und habe dieser daher keine Einwilligung erteilt.

RI: Gibt es Fragen?

RV: Haben Sie im Telefonat am 20.11.2013 Ihre Zustimmung dazu erteilt, dass Telekommunikationsunternehmen Sie zu Werbezwecken anrufen können? Regierungsvorlage, Haben Sie im Telefonat am 20.11.2013 Ihre Zustimmung dazu erteilt, dass Telekommunikationsunternehmen Sie zu Werbezwecken anrufen können?

Z1: Zunächst muss gesagt werden, dass bei diesem Anruf sehr schnell gesprochen wurde. Als zweites kann es sein, dass ich eine Einwilligung auf die Frage nach Telekommunikationsunternehmen erteilt habe, da ich ja davon ausgegangen bin, dass es die XXXX, ein Telekommunikationsunternehmen ist, das mich anruft. Es kann sein, dass ich diese Einwilligung gegeben habe. Dass ich eine Einwilligung zu Werbezwecken gegeben habe, kann ich mir nicht vorstellen. Ausschließen kann ich das aber nicht. Ich kann mich nicht mehr erinnern. Z1: Zunächst muss gesagt werden, dass bei diesem Anruf sehr schnell gesprochen wurde. Als zweites kann es sein, dass ich eine Einwilligung auf die Frage nach Telekommunikationsunternehmen erteilt habe, da ich ja davon ausgegangen bin, dass es die römisch 40 , ein Telekommunikationsunternehmen ist, das mich anruft. Es kann sein, dass ich diese Einwilligung gegeben habe. Dass ich eine Einwilligung zu Werbezwecken gegeben habe, kann ich mir nicht vorstellen. Ausschließen kann ich das aber nicht. Ich kann mich nicht mehr erinnern.

RV: Hatten Sie Schwierigkeiten, den Inhalt der Aussagen des Anrufers aufzunehmen und zu verstehen? Regierungsvorlage, Hatten Sie Schwierigkeiten, den Inhalt der Aussagen des Anrufers aufzunehmen und zu verstehen?

Z1: Er war so schnell und so flott.

[...]

RI: Es heißt hier ausdrücklich "also für den einmaligen Rückruf nur." XXXX: "Von einem, ja, Rückruf gesprochen." XXXX: "Genau. Genau." Was haben Sie für einen Rückruf erwartet?

Z1: Information, ob es einen günstigeren Tarif für mich gibt oder nicht, die ich dann prüfe.

RI: Wer hätte Sie rückerufen sollen?

Z1: Der konkrete Anrufer.

BehV: Welche Firma hätten Sie sich erwartet?

Z1: XXXX, meinen Anbieter. Z1: römisch 40 , meinen Anbieter.

[...]

RV: Werden die Mitarbeiter der Abteilung Voice Quality Management im Zusammenhang mit Telefonaten betreffend Zustimmungserklärungen geschult? Regierungsvorlage, Werden die Mitarbeiter der Abteilung Voice Quality Management im Zusammenhang mit Telefonaten betreffend Zustimmungserklärungen geschult?

BF1: Es gibt einen Abteilungsleiter, den sogenannten Supervisor und es finden regelmäßige Schulungen statt.

RV: Kommt es auch vor, dass im Zuge dieser Prüfung sozusagen Zustimmungserklärungen als unzureichend qualifiziert werden?Regierungsvorlage, Kommt es auch vor, dass im Zuge dieser Prüfung sozusagen Zustimmungserklärungen als unzureichend qualifiziert werden?

BF1: Natürlich, die werden zurückgewiesen bzw. der Datensatz wird storniert.

RV: Ist Ihnen bekannt, was zwischen diesem Mitarbeiter der XXXX und der Z1 vor dem Mitschnitt gesprochen wurde?Regierungsvorlage, Ist Ihnen bekannt, was zwischen diesem Mitarbeiter der römisch 40 und der Z1 vor dem Mitschnitt gesprochen wurde?

BF1: Dazu habe ich keine Kenntnis.

RV: Und Ihre QM-Mitarbeiter auch nicht?Regierungsvorlage, Und Ihre QM-Mitarbeiter auch nicht?

BF1: Nein.

RI: Heißt das konkret, dass Sie nur über die Sequenz des Telefonates verfügen, die wir gerade gehört haben?

BF1: Das ist die Sequenz, die wir zur Verfügung gestellt bekommen.

[...]."

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

1. Feststellungen:

Der Erstbeschwerdeführer ist (seit 07.06.2013) selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer der zweitbeschwerdeführenden Partei (FN 377079 s) beim Handelsgericht Wien) mit Sitz in XXXX.Der Erstbeschwerdeführer ist (seit 07.06.2013) selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer der zweitbeschwerdeführenden Partei (FN 377079 s) beim Handelsgericht Wien) mit Sitz in römisch 40 .

Am 21.11.2013 um 15:00 Uhr wurde XXXX ausgehend vom Anschluss der zweitbeschwerdeführenden Partei telefonisch kontaktiert und mit ihr ein Gespräch betreffend die Anpreisung von Telefonieprodukten/Tarifen der zweitbeschwerdeführenden Partei geführt. Am 20.11.2013 fand ein Telefonat zwischen Z und einem Mitarbeiter der XXXX statt, das auszugsweise folgenden Inhalt hatte:Am 21.11.2013 um 15:00 Uhr wurde römisch 40 ausgehend vom Anschluss der zweitbeschwerdeführenden Partei telefonisch kontaktiert und mit ihr ein Gespräch betreffend die Anpreisung von Telefonieprodukten/Tarifen der zweitbeschwerdeführenden Partei geführt. Am 20.11.2013 fand ein Telefonat zwischen Z und einem Mitarbeiter der römisch 40 statt, das auszugsweise folgenden Inhalt hatte:

"XXXX: "Muss ich noch Ihr Einverständnis mitschneiden. Das war für Sie in Ordnung, korrekt?"

XXXX: "Ja."

XXXX: "Genau. Und Sie sind auch die, äh, noch mal bitte Ihren Vor- und Zunamen nennen."

XXXX: "XXXX"

XXXX: "Genau. Und Sie haben Geburtstag 1967. Ist auch korrekt?"

XXXX: "Ja."

XXXX: "Genau. Und Sie sind auch die Anschlussinhaberin mit der Rufnummer XXXX. Ist auch korrekt, XXXX, ja?XXXX:

"Genau. Und Sie sind auch die Anschlussinhaberin mit der Rufnummer römisch 40 . Ist auch korrekt, römisch 40 , ja?"

XXXX: "Ja."

XXXX: "Genau. Und Sie haben mir heute, am 20.11.2013, bestätigt, dass Sie damit einverstanden sind, dass Ihnen Telekommunikationsunternehmen telefonisch Informationen, Angebote und Werbung zu günstigeren Telefontarifen innerhalb der nächsten acht Monate an Ihre genannte Rufnummer übermitteln dürfen. Ist auch korrekt, XXXX, ja?"XXXX: "Genau. Und Sie haben mir heute, am 20.11.2013, bestätigt, dass Sie damit einverstanden sind, dass Ihnen Telekommunikationsunternehmen telefonisch Informationen, Angebote und Werbung zu günstigeren Telefontarifen innerhalb der nächsten acht Monate an Ihre genannte Rufnummer übermitteln dürfen. Ist auch korrekt, römisch 40 , ja?"

XXXX: "Na Moment. Sie haben."

XXXX: "Also für den einmaligen Rückruf nur."

XXXX: "Von einem, ja, Rückruf gesprochen."

XXXX: "Genau. Genau."

XXXX: "Ja."

[...]

XXXX: "Genau. Und ich habe Sie auch darauf hingewiesen, dass der Rückruf meiner Kollegen aus Qualitätsgründen für Sie aufgezeichnet werden kann. Das stimmt auch, XXXX, ja?" XXXX: "Genau. Und ich habe Sie auch darauf hingewiesen, dass der Rückruf meiner Kollegen aus Qualitätsgründen für Sie aufgezeichnet werden kann. Das stimmt auch, römisch 40, ja?"

XXXX: "Mhm, ja"

XXXX: "Genau. Und Sie können auch jederzeit mit Wirkung für die Zukunft telefonisch oder schriftlich per e-mail widerrufen. Dazu können Sie sich folgende e-mail-Adresse notieren: das ist die XXXX." XXXX: "Genau. Und Sie können auch jederzeit mit Wirkung für die Zukunft telefonisch oder schriftlich per e-mail widerrufen. Dazu können Sie sich folgende e-mail-Adresse notieren: das ist die römisch 40."

XXXX: "Moment, info."

Am 20.11.2013 wurde die Zeugin nicht von der zweitbeschwerdeführenden Partei angerufen.

2. Beweiswürdigung:

Der Inhalt des Telefonates vom 20.11.2013 ergibt sich aus dem vorgelegten Auszug aus dem Wortlautprotokoll für [Z] vom 20.11.2013 sowie aus dem Abspielen des entsprechenden Mitschnittes in der mündlichen Verhandlung vom 12.02.2016. Dass dieses Telefonat in der beschriebenen Art und Weise stattgefunden hat, wurde auch von keiner Partei bestritten. Die übrigen Feststellungen wurden ebenfalls nicht bestritten und ergeben sich aus dem vorliegenden Verwaltungsakt.

Dass der Anruf am 20.11.2013 nicht von der zweitbeschwerdeführenden Partei erfolgte ergibt sich aus den übereinstimmenden Aussagen in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht und aus dem zitierten Wortlautprotokoll vom 20.11.2013.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 38 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG in Verwaltungsstrafsachen die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl. Nr. 52/1991, mit Ausnahme des 5. Abschnittes des II. Teiles, und des Finanzstrafgesetzes - FinStrG, BGBl. Nr. 129/1958, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte. 3.1. Gemäß Paragraph 38, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, 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.

[...]"

Zur Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte in Verwaltungsstrafsachen legt § 50 VwGVG ("Erkenntnisse"), BGBl. I Nr. 33/2013, fest: Zur Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte in Verwaltungsstrafsachen legt Paragraph 50, VwGVG ("Erkenntnisse"), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, fest:

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

Absatz eins, Ziffer eins, B-VG in der Sache selbst zu entscheiden."

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.

Zu Spruchpunkt A) I. Zu Spruchpunkt A) römisch eins.

3.3. Die belangte Behörde räumt in der Beschwerdevorlage selbst ein, dass die Nennung des Anrufes vom 20.11.2013 im Spruch des angefochtenen Bescheides versehentlich erfolgte. Der Anruf vom 20.11.2013 ist nicht der Zweitbeschwerdeführerin zuzurechnen und daher auch nicht vom Erstbeschwerdeführer zu vertreten. Schon aus diesem Grund war der angefochtene Bescheid insoweit abzuändern, als hinsichtlich dieses Tatvorwurfs eine Bestrafung - im Spruch - zu Unrecht erfolgte, sodass das Strafverfahren hinsichtlich dieses Tatvorwurfes einzustellen war.).

Zu Spruchpunkt A) II. Zu Spruchpunkt A) römisch zwei.

3.4. Die vorliegend relevanten Regelungen des TKG 2003 in den in Spruchpunkt A) II. dieses Erkenntnisses zitierten Fassungen lauten: 3.4. Die vorliegend relevanten Regelungen des TKG 2003 in den in Spruchpunkt A) römisch zwei. dieses Erkenntnisses zitierten Fassungen lauten:

"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 tätigt 8. entgegen Paragraph 107, Absatz eins, Anrufe zu Werbezwecken tätigt.

[...]"

3.4. § 107 TKG 2003 setzt Art. 13 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) idF der Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 25. November 2009 um. 3.4. 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."

3.4.1. Zum objektiven Tatbestand:

Im Beschwerdefall steht fest (vgl. II.1. und II.2.), dass der verfahrensgegenständliche Anruf vom 21.11.2013 ausgehend vom Unternehmen des Erstbeschwerdeführers getätigt wurde. Im Beschwerdefall steht fest vergleiche römisch zwei.1. und römisch zwei.2.), dass der verfahrensgegenständliche Anruf vom 21.11.2013 ausgehend vom Unternehmen des Erstbeschwerdeführers getätigt wurde.

Die Beschwerden bestreiten nicht, dass der verfahrensgegenständliche Anruf vom 21.11.2013 "zu Werbezwecken" erfolgt ist (vgl. Seite 2 der Beschwerde). Die Beschwerden bestreiten nicht, dass der verfahrensgegenständliche Anruf vom 21.11.2013 "zu Werbezwecken" erfolgt ist vergleiche Seite 2 der Beschwerde).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in Bezug auf den Begriff der Direktwerbung Folgendes ausgesprochen (VwGH 19.12.2013, 2011/03/0198):

"Zur Erreichung dieses Schutzzweckes ist der Begriff ‚Direktwerbung‘ weit und umfassend auszulegen. Schon von daher ist nicht ersichtlich, warum das direkte Bewerben einer politischen Gruppe im Wege eines ohne vorherige Zustimmung des Empfängers zugeschickten E-Mail nicht die oben beschriebenen verpönten Wirkungen zeitigen sollte. Eine weite Auslegung des Begriffes verlangen aber auch die zitierten Gesetzesmaterialien zum TKG 2003, die unter dem Begriff ‚Direktwerbung‘ jeden Inhalt verstehen, der für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee einschließlich bestimmter politischer Anliegen wirbt oder dafür Argumente liefert. Zudem hat der Oberste Gerichtshof - in Orientierung an den Gesetzesmaterialien - wiederholt die Auffassung vertreten, dass der Begriff der ‚Direktwerbung‘ weit auszulegen ist. Er erfasst jede elektronische Post, die für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee (einschließlich politischer Anliegen) wirbt oder dafür Argumente liefert; darunter fällt etwa auch jede Maßnahme, die dazu dient, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen, wobei auch schon die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen diesem Begriff unterstellt werden kann; dabei hindert auch die Gestaltung als Newsletter oder Informations-Mail die Qualifikation als Werbung nicht (vgl OGH vom 30. September 2009, ZI 7 Ob168/09w)."

"Zur Erreichung dieses Schutzzweckes ist der Begriff ‚Direktwerbung‘ weit und umfassend auszulegen. Schon von daher ist nicht ersichtlich, warum das direkte Bewerben einer politischen Gruppe im Wege eines ohne vorherige Zustimmung des Empfängers zugeschickten E-Mail nicht die oben beschriebenen verpönten Wirkungen zeitigen sollte. Eine weite Auslegung des Begriffes verlangen aber auch die zitierten Gesetzesmaterialien zum TKG 2003, die unter dem Begriff ‚Direktwerbung‘ jeden Inhalt verstehen, der für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee einschließlich bestimmter politischer Anliegen wirbt oder dafür Argumente liefert. Zudem hat der Oberste Gerichtshof - in Orientierung an den Gesetzesmaterialien - wiederholt die Auffassung vertreten, dass der Begriff der ‚Direktwerbung‘ weit auszulegen ist. Er erfasst jede elektronische Post, die für ein bestimmtes Produkt, aber auch für eine bestimmte Idee (einschließlich politischer Anliegen) wirbt oder dafür Argumente liefert; darunter fällt etwa auch jede Maßnahme, die dazu dient, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen, wobei auch schon die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen diesem Begriff unterstellt werden kann; dabei hindert auch die Gestaltung als Newsletter oder Informations-Mail die Qualifikation als Werbung nicht vergleiche OGH vom 30. September 2009, ZI 7 Ob168/09w)."

Auch aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes kann im Lichte der Feststellungen zum Telefonat der Zeugin mit der zweitbeschwerdeführenden Partei nicht bezweifelt werden, dass es sich beim verfahrensgegenständlichen Anruf um einen zu Zwecken der Direktwerbung gehandelt hat.

Von den Beschwerdeführern wird das Vorliegen des Tatbestandselements "ohne vorherige Einwilligung" bekämpft.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in Bezug auf die Einwilligung iSd § 107 Abs 1 TKG 2003 Folgendes ausgesprochen (VwGH 26.06.2013, 2013/03/0048): Der Verwaltungsgerichtshof hat in Bezug auf die Einwilligung iSd Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 Folgendes ausgesprochen (VwGH 26.06.2013, 2013/03/0048):

"Bei der nach § 107 Abs 1 TKG 2003 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 (Hinweis in dieser Richtung E vom 26. April 2007, 2005/03/0143, und E 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 (Hinweis E vom 24. März 2010, 2007/03/0177, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs)."

"Bei der nach Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 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 (Hinweis in dieser Richtung E vom 26. April 2007, 2005/03/0143, und E 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 (Hinweis E vom 24. März 2010, 2007/03/0177, unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs)."

In der Judikatur des Obersten Gerichtshofes wurde ein durchaus strenger Maßstab für die qualitativen Anforderungen an eine Einwilligung nach § 107 Abs. 1 TKG entwickelt. So heißt es wörtlich (vgl. das Urteil vom 20.03.2007, 4 Ob 221/06p): In der Judikatur des Obersten Gerichtshofes wurde ein durchaus strenger Maßstab für die qualitativen Anforderungen an eine Einwilligung nach Paragraph 107, Absatz eins, TKG entwickelt. So heißt es wörtlich vergleiche das Urteil vom 20.03.2007, 4 Ob 221/06p):

"Gemäß § 107 Abs 1 TKG 2003 sind Anrufe einschließlich das Senden von Fernkopien zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers unzulässig. Die erteilte Einwilligung kann jederzeit widerrufen werden. Auch die Zusendung elektronischer Post - einschließlich SMS - bedarf nach § 107 Abs 2 Z 1 TKG 2003 der vorherigen Einwilligung des Empfängers, wenn die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt. Wie diese Einwilligung beschaffen sein muss, ist dem TKG 2003 nicht zu entnehmen. Gruber (E Mail Werbung nur mit Zustimmung? RdW 2001, 73) fordert besondere Vorsicht bei formularmäßigen Einverständniserklärungen. Zanger/Scholl (TKG² Rz 116) verweisen auf die Definition des Begriffs "Zustimmung" nach § 4 Z 14 DSG 2000. Sie meinen, die Zustimmung müsse jedenfalls auf einen konkreten Anlassfall bezogen sein, könne aber auch im Zuge anderer vertraglicher Erklärungen abgegeben werden. Der Zustimmungde müsse aber klar erkennen, wozu er seine Zustimmung gebe. Die Frage, ob eine derartige Zustimmung bereits in Allgemeinen Geschäftsbedingungen beinhaltet sein könne, sei schwierig zu lösen; vorstellbar sei die Aufnahme in Allgemeine Geschäftsbedingungen in einer Art, die bei (auch) nur flüchtiger Durchsicht sofort ins Auge falle. Feiel/Lehofer (TKG 2003, 302f) halten auch eine schlüssige Einwilligungserklärung für möglich. Vartian (TKG FN 489) und Mosing/Otto (Spamming neu! MR 2003, 267 ff [269]) verstehen die Begriffe "Einwilligung" und "Zustimmung" synonym und ziehen § 4 Z 14 DSG zur Auslegung heran. Die Zustimmung sei an keine Form gebunden, eine konkludente Zustimmung jedoch definitionsgemäß nur möglich, wenn der Erklärende in voller Kenntnis der Sachlage sei." Gemäß Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 sind Anrufe einschließlich das Senden von Fernkopien zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Teilnehmers unzulässig. Die erteilte Einwilligung kann jederzeit widerrufen werden. Auch die Zusendung elektronischer Post - einschließlich SMS - bedarf nach Paragraph 107, Absatz 2, Ziffer eins, TKG 2003 der vorherigen Einwilligung des Empfängers, wenn die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt. Wie diese Einwilligung beschaffen sein muss, ist dem TKG 2003 nicht zu entnehmen. Gruber (E Mail Werbung nur mit Zustimmung? RdW 2001, 73) fordert besondere Vorsicht bei formularmäßigen Einverständniserklärungen. Zanger/Scholl (TKG² Rz 116) verweisen auf die Definition des Begriffs "Zustimmung" nach Paragraph 4, Ziffer 14, DSG 2000. Sie meinen, die Zustimmung müsse jedenfalls auf einen konkreten Anlassfall bezogen sein, könne aber auch im Zuge anderer vertraglicher Erklärungen abgegeben werden. Der Zustimmungde müsse aber klar erkennen, wozu er seine Zustimmung gebe. Die Frage, ob eine derartige Zustimmung bereits in Allgemeinen Geschäftsbedingungen beinhaltet sein könne, sei schwierig zu lösen; vorstellbar sei die Aufnahme in Allgemeine Geschäftsbedingungen in einer Art, die bei (auch) nur flüchtiger Durchsicht sofort ins Auge falle. Feiel/Lehofer (TKG 2003, 302f) halten auch eine schlüssige Einwilligungserklärung für möglich. Vartian (TKG FN 489) und Mosing/Otto (Spamming neu! MR 2003, 267 ff [269]) verstehen die Begriffe "Einwilligung" und "Zustimmung" synonym und ziehen Paragraph 4, Ziffer 14, DSG zur Auslegung heran. Die Zustimmung sei an keine Form gebunden, eine konkludente Zustimmung jedoch definitionsgemäß nur möglich, wenn der Erklärende in voller Kenntnis der Sachlage sei.

§ 4 Z 14 DSG definiert den Begriff "Zustimmung" als "gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt". Paragraph 4, Ziffer 14, DSG definiert den Begriff "Zustimmung" als "gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt".

Geht man wie das zitierte Schrifttum von einem synonymen Verständnis der Begriffe "Zustimmung" und "Einwilligung" aus, so kann eine (wirksame) Einwilligung im Sinn des § 107 Abs 1 und Abs 2 TKG 2003 nur dann vorliegen, wenn der Betroffene weiß, von welchen Unternehmen er im Wege bestimmt angeführter Kommunikationsmittel Werbung zu erwarten hat und welche Produkte dabei beworben werden. Dies ist hier nicht der Fall. Selbst wenn sich die Worte "in diesem Zusammenhang" auf die in der vorangehenden Klausel angeführten Konzernunternehmen der Beklagten

beziehen sollte, so erfährt der Kreditnehmer nur, dass diese Unternehmen ihn mit Hilfe der angeführten Kommunikationsmittel aufgrund seiner Einwilligung bewerben dürfen. Welcher Art diese Werbung sein soll, erfährt er jedoch nicht. Er kann daher schon aufgrund dieses Umstands die Tragweite seiner Einwilligung nicht erkennen. Geht man wie das zitierte Schrifttum von einem synonymen Verständnis der Begriffe "Zustimmung" und "Einwilligung" aus, so kann eine (wirksame) Einwilligung im Sinn des Paragraph 107, Absatz eins und Absatz 2, TKG 2003 nur dann vorliegen, wenn der Betroffene weiß, von welchen Unternehmen er im Wege bestimmt angeführter Kommunikationsmittel Werbung zu erwarten hat und welche Produkte dabei beworben werden. Dies ist hier nicht der Fall. Selbst wenn sich die Worte "in diesem Zusammenhang" auf die in der vorangehenden Klausel angeführten Konzernunternehmen der Beklagten beziehen sollte, so erfährt der Kreditnehmer nur, dass diese Unternehmen ihn mit Hilfe der angeführten Kommunikationsmittel aufgrund seiner Einwilligung bewerben dürfen. Welcher Art diese Werbung sein soll, erfährt er jedoch nicht. Er kann daher schon aufgrund dieses Umstands die Tragweite seiner Einwilligung nicht erkennen.

Im Übrigen fehlt auch bei Klausel 32 ein aufklärender Hinweis auf die jederzeitige Möglichkeit, die nach § 107 Abs 1 TKG 2003 erteilte Einwilligung zu widerrufen. Die Klausel ist daher auch insoweit intransparent, weil sie dem Kreditnehmer ein unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt und dazu führen kann, dass er in Unkenntnis seiner Rechte an ihrer Ausübung gehindert wird (4 Ob 179/02f = SZ 2002/153). Die in Klausel 34 aufgenommene Aufklärung vermag diese Unklarheiten nicht zu beseitigen, zumal sie weder durch ein Zitat noch durch ihren Inhalt auf Klausel 32 verweist. Angesichts des hier verwirklichten Verstoßes gegen das Transparenzgebot erübrigt es sich, darauf einzugehen, ob die beanstandete Klausel auch gegen § 6 Abs 1 Z 11 KSchG verstößt. "Im Übrigen fehlt auch bei Klausel 32 ein aufklärender Hinweis auf die jederzeitige Möglichkeit, die nach Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 erteilte Einwilligung zu widerrufen. Die Klausel ist daher auch insoweit intransparent, weil sie dem Kreditnehmer ein unklares Bild seiner vertraglichen Position vermittelt und dazu führen kann, dass er in Unkenntnis seiner Rechte an ihrer Ausübung gehindert wird (4 Ob 179/02f = SZ 2002/153). Die in Klausel 34 aufgenommene Aufklärung vermag diese Unklarheiten nicht zu beseitigen, zumal sie weder durch ein Zitat noch durch ihren Inhalt auf Klausel 32 verweist. Angesichts des hier verwirklichten Verstoßes gegen das Transparenzgebot erübrigt es sich, darauf einzugehen, ob die beanstandete Klausel auch gegen Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 11, KSchG verstößt."

Im Kern besteht daher die Anforderung, dass eine Einwilligung nur dann rechtswirksam erteilt werden kann, wenn der potentiell Einwilligende "weiß, von welchen Unternehmen er im Wege bestimmt angeführter Kommunikationsmittel Werbung zu erwarten hat und welche Produkte dabei beworben werden."

Umgelegt auf den konkret zu beurteilenden Sachverhalt bedeutet dies, dass die Zeugin um eine rechtswirksame Einwilligung abgeben habe zu können, wissen musste, von welchem Unternehmen sie im Wege eines Anrufes Werbung zu erwarten habe und welche Produkte dabei beworben würden. Betrachtet man dabei das schon im Akt befindliche "Wortlautprotokoll für [Z] vom 20.11.2013" und verbindet damit die Aussage der Zeugin in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 12.02.2016 (siehe dazu II.1.) so wird klar, dass dieses Erfordernis im vorliegenden Fall nicht erfüllt ist. Umgelegt auf den konkret zu beurteilenden Sachverhalt bedeutet dies, dass die Zeugin um eine rechtswirksame Einwilligung abgeben habe zu können, wissen musste, von welchem Unternehmen sie im Wege eines Anrufes Werbung zu erwarten habe und welche Produkte dabei beworben würden. Betrachtet man dabei das schon im Akt befindliche "Wortlautprotokoll für [Z] vom 20.11.2013" und verbindet damit die Aussage der Zeugin in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 12.02.2016 (siehe dazu römisch zwei.1.) so wird klar, dass dieses Erfordernis im vorliegenden Fall nicht erfüllt ist.

Aus dem zitierten Wortlautprotokoll ergibt sich nur zweifelsfrei, dass die Zeugin einem "einmaligen Rückruf" zugestimmt habe ("XXXX:

"Genau und Sie haben mir heute am 20.11.2013 bestätigt, dass Sie damit einverstanden sind, dass Ihnen Telekommunikationsunternehmen telefonisch Informationen, Angebote und Werbung zu günstigeren Telefonspreisen innerhalb der nächsten acht Monate an Ihre genannte Rufnummer übermitteln dürfen. Ist auch korrekt [Z], ja?"

[Z]: " Na Moment. Sie haben."

XXXX: "Also für den einmaligen Rückruf nur."

[Z]: "Von einem, ja, Rückruf ja gesprochen."

XXXX: "Genau.""). Schon aus dem Inhalt des Gespräches ist daher ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin von einem "Rückruf" ausgegangen ist. Schon aufgrund des verwendeten Begriffes "Rückruf" ist davon auszugehen, dass die Zeugin lediglich von einem nochmaligen Anruf des Anrufers vom 20.11.2013 ausgegangen ist (bzw. von dessen Unternehmen). Dieser bereits aus dem zitierten Wortlautprotokoll hervorleuchtende Sinngehalt der "Einwilligung" der Zeugin wurde auch durch die Befragung der Zeugin in der mündlichen Verhandlung vom 12.02.2016 erhärtet. So führte die Zeugin aus (vgl. Seite 8 der Niederschrift der mündlichen Verhandlung), dass beim Anruf vom 20.11.2013 sich jemand gemeldet und gesagt habe, er sei von XXXX, dem Festnetz- und Internetanbieter der Zeugin, und er habe gesagt, er mache eine Analyse der Kosten. Er überprüfe, ob es für die Zeugin einen günstigeren Tarif gebe. Er habe gesagt, dass er einen Tarifvergleich vornehmen und sich am nächsten Tag noch einmal melden werde. Die Zeugin führte weiters aus, dass ihr erster Eindruck hinsichtlich des Anrufes vom 20.11.2013 gewesen sei, dieser Anruf komme von ihrem Anbieter (XXXX) der versuchen wollte, ihr einen günstigeren Tarif anzubieten. Die Zeugin hat weiters ausdrücklich erklärt am 20.11.2013 der XXXXH keine Einwilligung erteilt zu haben, Werbeanrufe ihr gegenüber zu tätigen. Die Zeugin erklärte weiters (vgl. Seite 9 der Niederschrift der mündlichen Verhandlung), dass Sie am 20.11.2013 erwartete habe, dass sie derselbe Anrufer auch am 21.11.2013 kontaktieren würde und sie darüber in Kenntnis setzen würde, ob es einen günstigeren Tarif für sie gebe oder eben nicht. Die Zeugin hat weiters glaubwürdig ausgeführt, dass sie auch der XXXX keine Einwilligung erteilt habe. XXXX: "Genau.""). Schon aus dem Inhalt des Gespräches ist daher ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin von einem "Rückruf" ausgegangen ist. Schon aufgrund des verwendeten Begriffes "Rückruf" ist davon auszugehen, dass die Zeugin lediglich von einem nochmaligen Anruf des Anrufers vom 20.11.2013 ausgegangen ist (bzw. von dessen Unternehmen). Dieser bereits aus dem zitierten Wortlautprotokoll hervorleuchtende Sinngehalt der "Einwilligung" der Zeugin wurde auch durch die Befragung der Zeugin in der mündlichen Verhandlung vom 12.02.2016 erhärtet. So führte die Zeugin aus (vergleiche Seite 8 der Niederschrift der mündlichen Verhandlung), dass beim Anruf vom 20.11.2013 sich jemand gemeldet und gesagt habe, er sei von römisch 40, dem Festnetz- und Internetanbieter der Zeugin, und er habe gesagt, er mache eine Analyse der Kosten. Er überprüfe, ob es für die Zeugin einen günstigeren Tarif gebe. Er habe gesagt, dass er einen Tarifvergleich vornehmen und sich am nächsten Tag noch einmal melden werde. Die Zeugin führte weiters aus, dass ihr erster Eindruck hinsichtlich des Anrufes vom 20.11.2013 gewesen sei, dieser Anruf komme von ihrem Anbieter (römisch 40) der versuchen wollte, ihr einen günstigeren Tarif anzubieten. Die Zeugin hat weiters ausdrücklich erklärt am 20.11.2013 der XXXXH keine Einwilligung erteilt zu haben, Werbeanrufe ihr gegenüber zu tätigen. Die Zeugin erklärte weiters (vergleiche Seite 9 der Niederschrift der mündlichen Verhandlung), dass Sie am 20.11.2013 erwartete habe, dass sie derselbe Anrufer auch am 21.11.2013 kontaktieren würde und sie darüber in Kenntnis setzen würde, ob es einen günstigeren Tarif für sie gebe oder eben nicht. Die Zeugin hat weiters glaubwürdig ausgeführt, dass sie auch der römisch 40 keine Einwilligung erteilt habe.

Die Argumentation der Beschwerdeführer zielt nun darauf ab, dass die Zeugin im Telefonat vom 20.11.2013 ihre Einwilligung zum Erhalt von Anrufen zu Werbezwecken durch Telekommunikationsunternehmen erteilt habe.

Auf die Frage in der mündlichen Verhandlung, ob die Zeugin ihre Zustimmung dazu erteilt habe, dass Telekommunikationsunternehmen sie zu Werbezwecken anrufen könnten, hat sie glaubwürdig geantwortet, dass bei dem Anruf vom 20.11.2013 sehr schnell gesprochen worden sei. "Als zweites kann es sein, dass ich eine Einwilligung auf die Frage nach Telekommunikationsunternehmen erteilt habe, da ich ja davon ausgegangen bin, dass es die XXXX, ein Telekommunikationsunternehmen ist, das mich anruft. Es kann sein, dass ich diese Einwilligung gegeben habe. Dass ich eine Einwilligung zu Werbezwecken gegeben habe, kann ich mir nicht vorstellen. Ausschließen kann ich das aber nicht. Ich kann mich nicht mehr erinnern." Aufgrund des Inhaltes des Wortlautprotokolls vom 20.11.2013 und den glaubwürdigen Aussagen der Zeugin in der mündlichen Verhandlung geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass im konkreten Fall von der Zeugin jedenfalls keine Einwilligung zu Anrufen zu Werbezwecken durch die XXXX erteilt wurde. Ebenso geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass die Zeugin keine wirksame Einwilligung zu Anrufen zu Werbezwecken durch Telekommunikationsunternehmen schlechthin erteilt hat. Auf die Frage in der mündlichen Verhandlung, ob die Zeugin ihre Zustimmung dazu erteilt habe, dass Telekommunikationsunternehmen sie zu Werbezwecken anrufen könnten, hat sie glaubwürdig geantwortet, dass bei dem Anruf vom 20.11.2013 sehr schnell gesprochen worden sei. "Als zweites kann es sein, dass ich eine Einwilligung auf die Frage nach Telekommunikationsunternehmen erteilt habe, da ich ja davon ausgegangen bin, dass es die römisch 40, ein Telekommunikationsunternehmen ist, das mich anruft. Es kann sein, dass ich diese Einwilligung gegeben habe. Dass ich eine Einwilligung zu Werbezwecken gegeben habe, kann ich mir nicht vorstellen. Ausschließen kann ich das aber

nicht. Ich kann mich nicht mehr erinnern." Aufgrund des Inhaltes des Wortlautprotokolls vom 20.11.2013 und den glaubwürdigen Aussagen der Zeugin in der mündlichen Verhandlung geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass im konkreten Fall von der Zeugin jedenfalls keine Einwilligung zu Anrufen zu Werbezwecken durch die römisch 40 erteilt wurde. Ebenso geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass die Zeugin keine wirksame Einwilligung zu Anrufen zu Werbezwecken durch Telekommunikationsunternehmen schlechthin erteilt hat.

Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass es den strengen Anforderungen des§ 107 Abs. 1 TKG 2003 genügen würde - was aber immer anlassfallbezogen zu beurteilen wäre-, wenn eine Einwilligung zu Werbeanrufen ganz generell durch Telekommunikationsunternehmen erteilt würde, so liegt im konkreten Fall eine derartige Einwilligung gar nicht vor: Dem Telefonat vom 20.11.2013 (vgl. dazu den zuvor zitierten Auszug aus dem Wortlautprotokoll vom 20.11.2013) kann eine derartige Einwilligung jedenfalls nicht zweifelsfrei entnommen werden. Die Zeugin hat der zitierten Aussage des Anrufers ("Genau und Sie haben mir heute am 20.11.2013 bestätigt, dass Sie damit einverstanden sind, dass Ihnen Telekommunikationsunternehmen telefonisch Informationen, Angebote und Werbung zu günstigeren Telefontarifen innerhalb der nächsten acht Monate an Ihre genannte Rufnummer übermitteln dürfen. Ist auch korrekt [Z], ja?") ein "Na Moment. Sie haben." entgegen gehalten, sodass der Anrufer sich zur Feststellung "Also für den einmaligen Rückruf nur." veranlasst sah, was von der Zeugin bejaht wurde ("Von einem, ja, Rückruf ja gesprochen.").Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass es den strengen Anforderungen des Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 genügen würde - was aber immer anlassfallbezogen zu beurteilen wäre-, wenn eine Einwilligung zu Werbeanrufen ganz generell durch Telekommunikationsunternehmen erteilt würde, so liegt im konkreten Fall eine derartige Einwilligung gar nicht vor: Dem Telefonat vom 20.11.2013 vergleiche dazu den zuvor zitierten Auszug aus dem Wortlautprotokoll vom 20.11.2013) kann eine derartige Einwilligung jedenfalls nicht zweifelsfrei entnommen werden. Die Zeugin hat der zitierten Aussage des Anrufers ("Genau und Sie haben mir heute am 20.11.2013 bestätigt, dass Sie damit einverstanden sind, dass Ihnen Telekommunikationsunternehmen telefonisch Informationen, Angebote und Werbung zu günstigeren Telefontarifen innerhalb der nächsten acht Monate an Ihre genannte Rufnummer übermitteln dürfen. Ist auch korrekt [Z], ja?") ein "Na Moment. Sie haben." entgegen gehalten, sodass der Anrufer sich zur Feststellung "Also für den einmaligen Rückruf nur." veranlasst sah, was von der Zeugin bejaht wurde ("Von einem, ja, Rückruf ja gesprochen.").

Aus diesem Telefonat kann aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes nicht geschlossen werden, dass für die Zeugin klar erkennbar gewesen sei, dass sie ihre Zustimmung zum Erhalt von Anrufen zu Werbezwecken von Telekommunikationsunternehmen erteilt hat. Dieser Umstand wird weiters dadurch erhärtet, dass die Zeugin in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht obendrein glaubwürdig ausgeführt hat, dass vom Anrufer sehr schnell gesprochen wurde. Wie bereits ausgeführt, ergibt sich gerade auch in Verbindung mit der glaubwürdigen Aussage der Zeugin in der mündlichen Verhandlung (wie zuvor wiedergegeben) für das Bundesverwaltungsgericht die Schlussfolgerung, dass die Zeugin keine Einwilligung zu Werbeanrufen "durch Telekommunikationsunternehmen" schlechthin erteilt hat. Aus der glaubwürdigen Aussage der Zeugin ergibt sich vielmehr, dass sie dies gerade nicht wollte.

Losgelöst davon kann im konkreten Fall aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes auch nicht davon gesprochen werden, dass die Zeugin aufgrund des Telefonates wissen hätte können, von welchem Unternehmen sie konkret angerufen würde - welche Unternehmen konkret von einer Einwilligung erfasst wären-, wenn eine Einwilligung hinsichtlich Telekommunikationsunternehmen erteilt worden wäre, sodass auch schon deshalb nicht von einer wirksamen Einwilligung ausgegangen werden kann.

Im konkreten Fall würde es auch am zweiten Erfordernis ("welche Produkte dabei beworben werden") fehlen, da aus dem vorgelegten Auszug aus dem Wortlautprotokoll auch nicht erkennbar ist, welche Produkte dabei konkret beworben werden sollen. Die Zeugin ist aufgrund ihrer glaubwürdigen Aussagen lediglich davon ausgegangen, dass ihr XXXX einen günstigeren Vertrag gegebenenfalls anbieten würde.Im konkreten Fall würde es auch am zweiten Erfordernis ("welche Produkte dabei beworben werden") fehlen, da aus dem vorgelegten Auszug aus dem Wortlautprotokoll auch nicht erkennbar ist, welche Produkte dabei konkret beworben werden sollen. Die Zeugin ist aufgrund ihrer glaubwürdigen Aussagen lediglich davon ausgegangen, dass ihr römisch 40 einen günstigeren Vertrag gegebenenfalls anbieten würde.

Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen ist die belangte Behörde daher zu Recht davon ausgegangen, dass gegenständlich das objektive Tatbild des § 107 Abs 1 iVm § 109 Abs 4 Z 8 TKG 2003 erfüllt ist.Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen ist die belangte Behörde daher zu Recht davon ausgegangen, dass gegenständlich das objektive

Tatbild des Paragraph 107, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 109, Absatz 4, Ziffer 8, TKG 2003 erfüllt ist.

3.4.2. Zur subjektiven Tatseite:

Wenn die Beschwerdeführer hierzu vorbringen, dass, wenn den Beschwerdeführern überhaupt ein Verschulden zur Last gelegt werden könne, dieses nur als sehr gering eingestuft werden können, ist ihnen Folgendes entgegenzuhalten:

Der Verwaltungsgerichtshof hat zur vergleichbaren Bestimmung des § 107 Abs. 2 Z 1 iVm § 109 Abs 3 Z 20 TKG 2003 Folgendes ausgesprochen (VwGH 24.05.2012, Zl. 2010/03/0056 und VwGH 19.12.2013, 2012/03/0052): Der Verwaltungsgerichtshof hat zur vergleichbaren Bestimmung des Paragraph 107, Absatz 2, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 109, Absatz 3, Ziffer 20, TKG 2003 Folgendes ausgesprochen (VwGH 24.05.2012, Zl. 2010/03/0056 und VwGH 19.12.2013, 2012/03/0052):

"Hinsichtlich der Frage, ob eine Übertretung nach § 107 Abs 2 TKG 2003 als Erfolgs- oder als Ungehorsamsdelikt zu qualifizieren ist, kann auf die Erkenntnisse vom 24. Mai 2012, 2010/03/0056, und vom 24. März 2010, 2007/03/0143, verwiesen werden. Der Verwaltungsgerichtshof hat in den zitierten Erkenntnissen ausgeführt, dass es sich bei den in Rede stehenden Übertretungen - ebenso wie beim ‚Vorgängerdelik‘ nach § 101 TKG 1997 - um Ungehorsamsdelikte iSd § 5 VStG handelt. (VwGH 24.05.2012, 2010/03/0056).""Hinsichtlich der Frage, ob eine Übertretung nach Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003 als Erfolgs- oder als Ungehorsamsdelikt zu qualifizieren ist, kann auf die Erkenntnisse vom 24. Mai 2012, 2010/03/0056, und vom 24. März 2010, 2007/03/0143, verwiesen werden. Der Verwaltungsgerichtshof hat in den zitierten Erkenntnissen ausgeführt, dass es sich bei den in Rede stehenden Übertretungen - ebenso wie beim ‚Vorgängerdelik‘ nach Paragraph 101, TKG 1997 - um Ungehorsamsdelikte iSd Paragraph 5, VStG handelt. (VwGH 24.05.2012, 2010/03/0056)."

Bei einer Übertretung nach § 107 Abs. 1 iVm § 109 Abs. 4 Z 8 TKG 2003 handelt es sich daher um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG. Bei einer Übertretung nach Paragraph 107, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 109, Absatz 4, Ziffer 8, TKG 2003 handelt es sich daher um ein Ungehorsamsdelikt im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG.

§ 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 getroffen hat, 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 am Beschwerdeführer gelegen, alles seiner Entlastung Dienende vorzubringen, zB durch Darlegung eines Kontrollsystems in Bezug auf die Einhaltung der Vorschriften des TKG 2003, um zu beweisen, dass ihn an der Übertretung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (vgl. zB VwGH 24.05.2012, 2010/03/0056; 28.03.2014, 2014/02/0004). Bei Ungehorsamsdelikten ist das verantwortliche Organ im Sinne des Paragraph 9, Absatz eins, VStG strafbar, wenn es nicht genügende Vorkehrungen getroffen hat, 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 am Beschwerdeführer gelegen, alles seiner Entlastung Dienende vorzubringen, zB durch Darlegung eines Kontrollsystems in Bezug auf die Einhaltung der Vorschriften des TKG 2003, um zu beweisen, dass ihn an der Übertretung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft vergleiche zB VwGH 24.05.2012, 2010/03/0056; 28.03.2014, 2014/02/0004

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, Zl. 2010/11/0079). 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, Zl. 2010/11/0079).

Der Erstbeschwerdeführer versuchte zwar in der mündlichen Verhandlung vom 12.02.2016 (vgl. Seite 5 der Niederschrift der mündlichen Verhandlung) das Bestehen eines Kontrollsystems darzulegen, was ihm aber schon aus folgendem Grund nicht gelingen konnte: Der Erstbeschwerdeführer versuchte zwar in der mündlichen Verhandlung vom 12.02.2016 vergleiche Seite 5 der Niederschrift der mündlichen Verhandlung) das Bestehen eines Kontrollsystems darzulegen, was ihm aber schon aus folgendem Grund nicht gelingen konnte:

Der Erstbeschwerdeführer führte aus, dass von einer eigenen Abteilung ("Voice Quality Management") die Mitschnitte abgehört und überprüft würden, ob dort eine eindeutige Einverständniserklärung des Kunden erfolge. "Im besagten Fall lag eine solche Zustimmung vor." Für das Bundesverwaltungsgericht gelingt den Beschwerdeführern die Darlegung eines funktionierenden Kontrollsystems schon deswegen nicht, da der vorgelegte Auszug aus dem Wortlautprotokoll aufgrund seines äußerst mehrdeutigen Charakters abstrakt schon nicht geeignet sein konnte, den Nachweis einer Einwilligung iSd § 107 Abs. 1 TKG 2003 zu erbringen. Der Erstbeschwerdeführer räumte in der mündlichen Verhandlung selbst ein, dass er nur diese "Sequenz [...] zur Verfügung gestellt bekommen" habe. Der Erstbeschwerdeführer führte aus, dass von einer eigenen Abteilung ("Voice Quality Management") die Mitschnitte abgehört und überprüft würden, ob dort eine eindeutige Einverständniserklärung des Kunden erfolge. "Im besagten Fall lag eine solche Zustimmung vor." Für das Bundesverwaltungsgericht gelingt den Beschwerdeführern die Darlegung eines funktionierenden Kontrollsystems schon deswegen nicht, da der vorgelegte Auszug aus dem Wortlautprotokoll aufgrund seines äußerst mehrdeutigen Charakters abstrakt schon nicht geeignet sein konnte, den Nachweis einer Einwilligung iSd Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 zu erbringen. Der Erstbeschwerdeführer räumte in der mündlichen Verhandlung selbst ein, dass er nur diese "Sequenz [...] zur Verfügung gestellt bekommen" habe.

Aufgrund der völligen Unklarheit, worin die Zeugin eingewilligt hat, durfte schon aufgrund des objektiven Gehaltes des Gespräches vom 20.11.2013 nicht von einer Einwilligung ausgegangen werden. Von den Beschwerdeführern werden keine Umstände aufgezeigt, weshalb dieser Fehler - die Annahme einer Einwilligung - ungeachtet eines ansonsten funktionierenden Kontrollsystems aufgetreten ist. Der Erstbeschwerdeführer ist vielmehr selbst davon ausgegangen, dass eine entsprechende Zustimmung aus diesem Wortlautprotokoll entnommen werden kann. Für das Bundesverwaltungsgericht kann daher das Bestehen eines wirksamen Kontrollsystems schon im Ansatz nicht angenommen werden, da auch nicht näher dargelegt wurde, nach welchen Kriterien potentielle Einwilligungen geprüft werden. Die bloß allgemein gehaltene Behauptungen (vgl. dazu etwa neuerlich Seite 5 der Niederschrift der mündlichen Verhandlung) sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (vgl. VwGH 25.07.2013, 2012/07/0079). Aufgrund der völligen Unklarheit, worin die Zeugin eingewilligt hat, durfte schon aufgrund des objektiven Gehaltes des Gespräches vom 20.11.2013 nicht von einer Einwilligung ausgegangen werden. Von den Beschwerdeführern werden keine Umstände aufgezeigt, weshalb dieser Fehler - die Annahme einer Einwilligung - ungeachtet eines ansonsten funktionierenden Kontrollsystems aufgetreten ist. Der Erstbeschwerdeführer ist vielmehr selbst davon ausgegangen, dass eine entsprechende Zustimmung aus diesem Wortlautprotokoll entnommen werden kann. Für das Bundesverwaltungsgericht kann daher das Bestehen eines wirksamen Kontrollsystems schon im Ansatz nicht angenommen werden, da auch nicht näher dargelegt wurde, nach welchen Kriterien potentielle Einwilligungen geprüft werden. Die bloß allgemein gehaltene Behauptungen vergleiche dazu etwa neuerlich Seite 5 der Niederschrift der mündlichen Verhandlung) sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen vergleiche VwGH 25.07.2013, 2012/07/0079).

Soweit die Beschwerdeführer darüber hinaus ausführen, dass "[s]ollte die darin enthaltenen Erklärungen von XXXX tatsächlich nicht als ‚Einwilligung‘ im Sinne des § 107 Abs 1 TKG zu qualifizieren sein, wäre dies, wie sich aus den Ausführungen unter Punkt 4. Ergibt, keineswegs leicht erkennbar gewesen", war Folgendes zu erwägen: Soweit die Beschwerdeführer darüber hinaus ausführen, dass "[s]ollte die darin enthaltenen Erklärungen von römisch 40 tatsächlich nicht als ‚Einwilligung‘ im Sinne des Paragraph 107, Absatz eins, TKG zu qualifizieren sein, wäre dies, wie sich aus den Ausführungen unter Punkt 4. Ergibt, keineswegs leicht erkennbar gewesen", war Folgendes zu erwägen:

§ 5 Abs. 2 VStG lautet: Paragraph 5, Absatz 2, VStG lautet:

"(2) Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, entschuldigt nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte."

Der Verwaltungsgerichtshof hat in Bezug auf § 5 Abs. 2 VStG hinsichtlich § 107 Abs. 1a TKG 2003 Folgendes ausgesprochen (VwGH 22.05.2013, 2013/03/0052): Der Verwaltungsgerichtshof hat in Bezug auf Paragraph 5, Absatz 2, VStG hinsichtlich Paragraph 107, Absatz eins a, TKG 2003 Folgendes ausgesprochen (VwGH 22.05.2013, 2013/03/0052):

"Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entschuldigt auch eine irrige Gesetzesauslegung den Betroffenen nur dann, wenn sie unverschuldet war. Um sich darauf berufen zu können, bedarf es - zur Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht - einer Objektivierung der eingenommenen Rechtsauffassung durch geeignete Erkundigungen. Demnach ist der Gewerbetreibende bei Zweifel über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen; wenn er dies unterlässt, so vermag ihn die fehlerhafte Gesetzesauslegung grundsätzlich nicht von seiner Schuld zu befreien (vgl etwa das hg Erkenntnis vom 26. März 2012, ZI 2011/03/0169, mwN)."

"Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entschuldigt auch eine irrige Gesetzesauslegung den Betroffenen nur dann, wenn sie unverschuldet war. Um sich darauf berufen zu können, bedarf es - zur Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht - einer Objektivierung der eingenommenen Rechtsauffassung durch geeignete Erkundigungen. Demnach ist der Gewerbetreibende bei Zweifel über den Inhalt der Verwaltungsvorschrift verpflichtet, hierüber bei der zuständigen Behörde Auskunft einzuholen; wenn er dies unterlässt, so vermag ihn die fehlerhafte Gesetzesauslegung grundsätzlich nicht von seiner Schuld zu befreien vergleiche etwa das hg Erkenntnis vom 26. März 2012, ZI 2011/03/0169, mwN)."

Dass die Beschwerdeführer derartige - entlastende - Erkundigungen bei der belangten Behörde eingeholt hätten, lässt sich dem vorliegenden Verwaltungsakt nicht entnehmen und wird in den Beschwerden auch gar nicht behauptet.

3.5. Wenn die Beschwerdeführer nun weiters vorbringen, dass bei allfälligem Vorliegen eines Verschuldens dies als gering einzustufen und vor diesem Hintergrund eine Abmahnung des Erstbeschwerdeführers ausreichend gewesen wäre, bzw. von den Beschwerdeführern ein Antrag auf Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens gestellt wurde, war ihnen Folgendes entgegenzuhalten:

§ 45 Abs. 1 VStG lautet folgendermaßen: Paragraph 45, Absatz eins, VStG lautet folgendermaßen:

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

[...]

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

[...]

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

§ 21 VStG, BGBl Nr 52/1991 idF BGBl I Nr 33/2013, lautete: Paragraph 21, VStG, Bundesgesetzblatt Nr 52 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 33 aus 2013,, lautete:

"Absehen von der Strafe

§ 21. (1) Die Behörde kann ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den Beschuldigten von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten. Paragraph 21, (1) Die Behörde kann ohne weiteres Verfahren von der Verhängung einer Strafe absehen, wenn das Verschulden des

Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, sofern dies erforderlich ist, um den Beschuldigten von weiteren strafbaren Handlungen gleicher Art abzuhalten.

(1a) Die Behörde kann von der Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens absehen, wenn die Verfolgung aussichtslos erscheint oder der hierfür erforderliche Aufwand in einem Missverhältnis zum Grad und zur Bedeutung der in der Verwaltungsübertretung liegenden Verletzung öffentlicher Interessen steht.

(1b) Unter den in Abs. 1 genannten Voraussetzungen können die Verwaltungsbehörden von der Erstattung einer Anzeige absehen.(1b) Unter den in Absatz eins, genannten Voraussetzungen können die Verwaltungsbehörden von der Erstattung einer Anzeige absehen.

(2) Unter den in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen können die Organe der öffentlichen Aufsicht von der Verhängung einer Organstrafverfügung oder von der Erstattung einer Anzeige absehen; sie können den Täter in solchen Fällen in geeigneter Weise auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens aufmerksam machen."(2) Unter den in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen können die Organe der öffentlichen Aufsicht von der Verhängung einer Organstrafverfügung oder von der Erstattung einer Anzeige absehen; sie können den Täter in solchen Fällen in geeigneter Weise auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens aufmerksam machen."

Gemäß § 66b Abs 19 Z 3 VStG, BGBl Nr 52/1991 idF BGBl I Nr 33/2013, tritt § 45 Abs 1 VStG idF des Bundesgesetzes BGBl I Nr 33/2013 mit 01.07.2013 in Kraft; gleichzeitig tritt § 21 VStG samt Überschrift außer Kraft.Gemäß Paragraph 66 b, Absatz 19, Ziffer 3, VStG, Bundesgesetzblatt Nr 52 aus 1991, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 33 aus 2013,, tritt Paragraph 45, Absatz eins, VStG in der Fassung des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 33 aus 2013, mit 01.07.2013 in Kraft; gleichzeitig tritt Paragraph 21, VStG samt Überschrift außer Kraft.

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

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

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

Verschulden geringfügig, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt vergleiche VwGH 23.06.2010, 2009/06/0129, zu Paragraph 21, Absatz eins, VStG).

Vom Bundesverwaltungsgericht kann auf der Grundlage der von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen nicht erkannt werden, dass sich die dem Erstbeschwerdeführer vorgeworfene Verwaltungsübertretung von der Mehrzahl der bestraften Übertretungen der verfahrensgegenständlichen Bestimmung des § 107 Abs. 1 TKG 2003 wesentlich unterscheiden würde und folglich von einem in atypischer Weise hinter dem Durchschnittsfall zurückbleibenden tatbildmäßigen Verhalten des Erstbeschwerdeführers auszugehen wäre, weshalb das Vorliegen eines "geringfügigen Verschuldens" des Erstbeschwerdeführers zu verneinen ist, zumal - gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 03.10.2013, 2013/09/0113) - durch Unterlassung der Einholung einer Auskunft (etwa in Hinblick auf die Qualität wirksamer Einwilligungen) das Vorliegen eines mehr als geringfügigen Verschuldens an dem objektiv verwirklichten Tatbestand bewirkt. Vom Bundesverwaltungsgericht kann auf der Grundlage der von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen nicht erkannt werden, dass sich die dem Erstbeschwerdeführer vorgeworfene Verwaltungsübertretung von der Mehrzahl der bestraften Übertretungen der verfahrensgegenständlichen Bestimmung des Paragraph 107, Absatz eins, TKG 2003 wesentlich unterscheiden würde und folglich von einem in atypischer Weise hinter dem Durchschnittsfall zurückbleibenden tatbildmäßigen Verhalten des Erstbeschwerdeführers auszugehen wäre, weshalb das Vorliegen eines "geringfügigen Verschuldens" des Erstbeschwerdeführers zu verneinen ist, zumal - gemäß der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche VwGH 03.10.2013, 2013/09/0113) - durch Unterlassung der Einholung einer Auskunft (etwa in Hinblick auf die Qualität wirksamer Einwilligungen) das Vorliegen eines mehr als geringfügigen Verschuldens an dem objektiv verwirklichten Tatbestand bewirkt.

Abgesehen davon, kann im Beschwerdefall auch nicht davon gesprochen werden, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung im vorliegenden Fall geringfügig gewesen wären. Die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG scheidet daher aus. Abgesehen davon, kann im Beschwerdefall auch nicht davon gesprochen werden, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung im vorliegenden Fall geringfügig gewesen wären. Die Anwendung des Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 4, VStG scheidet daher aus.

Mangels Erfüllung der Vorraussetzungen war vom Bundesverwaltungsgericht mit keiner Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens gemäß § 45 Abs. 1 Z 1-3 VStG vorzugehen. Mangels Erfüllung der Vorraussetzungen war vom Bundesverwaltungsgericht mit keiner Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer eins -, 3, VStG vorzugehen.

Aufgrund des Nichtvorliegens eines geringfügigen Verschuldens und der mangelnden Geringfügigkeit des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung, kommt der Ausspruch einer Ermahnung iSd § 45 Abs. 1 VStG ebenso wenig in Betracht. Aufgrund des Nichtvorliegens eines geringfügigen Verschuldens und der mangelnden Geringfügigkeit des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung, kommt der Ausspruch einer Ermahnung iSd Paragraph 45, Absatz eins, VStG ebenso wenig in Betracht.

3.6. Zur Strafbemessung:

§ 19 VStG idF BGBl I Nr 33/2013 lautet: Paragraph 19, VStG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 33 aus 2013, lautet:

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

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

besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Paragraphen 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen."

Wird ein ordentliches Verfahren (§§ 40 - 46 VStG) geführt, sind zusätzlich zu den objektiven Kriterien des § 19 Abs. 1 VStG auch die subjektiven Kriterien des Schuldgehaltes der Tat bei der Strafbemessung miteinzubeziehen. Demzufolge sind folgende drei subjektive, dh in der Person des Täters gelegene Umstände, bei der Strafbemessung zu berücksichtigen: Erschwerungs- und Milderungsgründe, das Ausmaß des Verschuldens und Einkommens-, Vermögens und allfällige Sorgepflichten (vgl. Weilguni, in Lewisch/Fister/Weilguni (Hrsg), Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) [2013], § 19 VStG Anm 8). Wird ein ordentliches Verfahren (Paragraphen 40, - 46 VStG) geführt, sind zusätzlich zu den objektiven Kriterien des Paragraph 19, Absatz eins, VStG auch die subjektiven Kriterien des Schuldgehaltes der Tat bei der Strafbemessung miteinzubeziehen. Demzufolge sind folgende drei subjektive, dh in der Person des Täters gelegene Umstände, bei der Strafbemessung zu berücksichtigen: Erschwerungs- und Milderungsgründe, das Ausmaß des Verschuldens und Einkommens-, Vermögens und allfällige Sorgepflichten vergleiche Weilguni, in Lewisch/Fister/Weilguni (Hrsg), Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) [2013], Paragraph 19, VStG Anmerkung 8).

Der Verwaltungsgerichtshof sprach in seinem Erkenntnis vom 23.02.1994, 93/09/0383, in Bezug auf die Strafzumessung ua Folgendes aus:

"Zwar ist die Behörde nicht verpflichtet ohne entsprechendes Parteivorbringen, Ermittlungen über das allfällige Vorliegen jedes nur denkmöglichen Milderungsgrundes anzustellen. Sie ist auch nicht verpflichtet, die für die Strafbemessung angestellten Erwägungen mit dem Beschuldigten zu erörtern, solange dieser nicht diesbezüglich konkrete Behauptungen aufgestellt oder Beweise angeboten hat (vgl. dazu z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23.04.1970, Zl. 1769/69).""Zwar ist die Behörde nicht verpflichtet ohne entsprechendes Parteivorbringen, Ermittlungen über das allfällige Vorliegen jedes nur denkmöglichen Milderungsgrundes anzustellen. Sie ist auch nicht verpflichtet, die für die Strafbemessung angestellten Erwägungen mit dem Beschuldigten zu erörtern, solange dieser nicht diesbezüglich konkrete Behauptungen aufgestellt oder Beweise angeboten hat vergleiche dazu z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23.04.1970, Zl. 1769/69)."

Die Beschwerdeführer treten den Erwägungen der belangten Behörde zur Strafbemessung in ihren Beschwerden - abgesehen von allgemein gehaltenen Behauptungen (arg. "Zumindest hätte die Strafe noch geringer bemessen werden müssen.") - auch gar nicht entgegen. Auch für das Bundesverwaltungsgericht ist eine Verletzung der Bestimmungen in Hinblick auf die Strafzumessung nicht erkennbar, da die belangte Behörde ausdrücklich die bisherige Unbescholtenheit des Erstbeschwerdeführers mildernd berücksichtigt hat. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass die belangte Behörde ausschließlich den Anruf vom 21.11.2013 im Rahmen der Strafbemessung berücksichtigt hat, sodass Spruchpunkt A) I. dieses Erkenntnisses keine Auswirkung auf die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Strafbemessung entfaltet. Die Beschwerdeführer treten den Erwägungen der belangten Behörde zur Strafbemessung in ihren Beschwerden - abgesehen von allgemein gehaltenen Behauptungen (arg. "Zumindest hätte die Strafe noch geringer bemessen werden müssen.") - auch gar nicht entgegen. Auch für das Bundesverwaltungsgericht ist eine Verletzung der Bestimmungen in Hinblick auf die Strafzumessung nicht erkennbar, da die belangte Behörde ausdrücklich die bisherige Unbescholtenheit des Erstbeschwerdeführers mildernd berücksichtigt hat. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass die belangte Behörde ausschließlich den Anruf vom 21.11.2013 im Rahmen der Strafbemessung berücksichtigt hat, sodass Spruchpunkt A) römisch eins. dieses Erkenntnisses keine Auswirkung auf die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Strafbemessung entfaltet.

3.7. Die Beschwerde war aus alledem soweit sie sich gegen den Anruf vom 21.11.2013 richtet als unbegründet abzuweisen (Spruchpunkt A)

II.) römisch zwei.)

3.8. Die Entscheidung über den Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens (Spruchpunkt A) III.) gründet sich auf § 52 Abs. 1, 2 und 6 VwGVG (vgl. dazu das Erkenntnis des VwGH vom 29.01.2013, Zl. 2012/02/0236) 3.8. Die Entscheidung über den Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens (Spruchpunkt A) römisch drei.) gründet sich auf Paragraph 52, Absatz eins, 2 und 6 VwGVG vergleiche dazu das Erkenntnis des VwGH vom 29.01.2013, Zl. 2012/02/0236)

Zu Spruchpunkt B)

Gemäß § 25a Abs 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG), BGBl Nr 10/1985 idFBGBl I Nr 33/2013, 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 33 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 idFBGBl I Nr 164/2013 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 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 164 aus 2013, 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, Zl.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 hat der Verwaltungsgerichtshof festgehalten (VwGH 18.03.2015, Zl.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)." Ferner hat der Verwaltungsgerichtshof festgehalten (VwGH 18.03.2015, Zl. 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 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)."

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig. Im konkreten Fall handelt es sich um eine einzelfallbezogene Beurteilung des Inhaltes eines Telefonates dahingehend, ob darin eine Einwilligung zum Erhalt von Anrufen zu Werbezwecken erteilt wurde, die anhand der angeführten Beweismittel rechtlich - bezogen auf den Einzelfall - beurteilt wurde. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig. Im konkreten Fall handelt es sich um eine einzelfallbezogene Beurteilung des Inhaltes eines Telefonates dahingehend, ob darin eine Einwilligung zum Erhalt von Anrufen zu Werbezwecken erteilt wurde, die anhand der angeführten Beweismittel rechtlich - bezogen auf den Einzelfall - beurteilt wurde.

Auch sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich. Die vorliegende Entscheidung folgt der zitierten höchstgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. dazu insbesondere VwGH 17.04.2015, Ra 2015/02/0044, in dem es heißt, dass § 45 Abs 1 Z 4 VStG und der neue Schlusssatz dieses Absatzes im Wesentlichen § 21 Abs 1 VStG (alte Fassung) entsprechen. "Zu der zuletzt genannten Bestimmung, die ein Absehen von der Verhängung einer Strafe (bei allfälliger Ermahnung des Beschuldigten) vorsah, „wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind“, besteht eine gesicherte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, anhand derer auch die Rechtsfragen, die der vorliegende Fall aufwirft, gelöst werden können, sodass es keiner neuen Leitlinien höchstgerichtlicher Rechtsprechung bedarf.") Auch sind keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage ersichtlich. Die vorliegende Entscheidung folgt der zitierten höchstgerichtlichen Rechtsprechung vergleiche dazu insbesondere VwGH 17.04.2015, Ra 2015/02/0044, in dem es heißt, dass Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 4, VStG und der neue Schlusssatz dieses Absatzes im Wesentlichen Paragraph 21, Absatz eins, VStG (alte Fassung) entsprechen. "Zu der zuletzt genannten Bestimmung, die ein Absehen von der Verhängung einer Strafe (bei allfälliger Ermahnung des Beschuldigten) vorsah,

„wenn das Verschulden des Beschuldigten geringfügig ist und die Folgen der Übertretung unbedeutend sind“, besteht eine gesicherte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, anhand derer auch die Rechtsfragen, die der vorliegende Fall aufwirft, gelöst werden können, sodass es keiner neuen Leitlinien höchstgerichtlicher Rechtsprechung bedarf.“)

Schlagworte

Belästigung, Direktwerbung, Einwilligung des Empfängers, Erkundigungspflicht, Ermahnung, Fahrlässigkeit, fortgesetztes Delikt, Geldstrafe, geringfügiges Verschulden, Glaubhaftmachung, Kognitionsbefugnis, Kontrolle, Kontrollsystem, Prüfungsumfang, Sorgfaltspflicht, Strafbemessung, Ungehorsamsdelikt, Verschulden, vorherige Einwilligung, Werbeanruf, Werbemail, Werbung, Willenserklärung, Zustimmungserfordernis, Zustimmungserklärung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W120.2014995.1.00

Zuletzt aktualisiert am

23.03.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at