

# TE Bvwg Erkenntnis 2024/9/30 W603 2297646-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.09.2024

## Entscheidungsdatum

30.09.2024

## Norm

B-VG Art133 Abs4

TKG 2021 §174

TKG 2021 §188

VStG 1950 §19 Abs1

VStG 1950 §19 Abs2

VStG 1950 §45

VStG 1950 §64

VStG 1950 §9 Abs1

VStG 1950 §9 Abs7

VwGVG §38

VwGVG §50 Abs1

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 24.05.2018zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
  3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
  4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
  5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
  6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
  7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
  8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
  9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
  10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
  11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. TKG 2021 § 174 heute
  2. TKG 2021 § 174 gültig ab 01.11.2021
1. TKG 2021 § 188 heute

2. TKG 2021 § 188 gültig ab 01.11.2021

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

1. VStG 1950 § 19 gültig von 01.03.1978 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 § 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 § 38 heute

2. VwGVG § 38 gültig ab 01.01.2014

1. VwGVG § 50 heute

2. VwGVG § 50 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018

3. VwGVG § 50 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

4. VwGVG § 50 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 52 heute

2. VwGVG § 52 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018

3. VwGVG § 52 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2018

1. VwGVG § 52 heute

2. VwGVG § 52 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018

3. VwGVG § 52 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2018

1. VwGVG § 52 heute

2. VwGVG § 52 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018

3. VwGVG § 52 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2018

## Spruch

W603 2297646-1/5E

Ausfertigung des am 25.09.2024 mündlich verkündeten Erkenntnisses

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas MIKULA, MBA in der Beschwerdesache des XXXX , geboren am XXXX , vertreten durch RA Dr. Peter PERNER, Karolingerstraße 1, 5020 Salzburg, gegen den Bescheid des Fernmeldebüros vom XXXX .2024, GZ. XXXX , wegen § 174 Abs. 1 iVm § 188 Abs. 6 Z 9 TKG 2021, BGBl I 190/2021 idF BGBl I 6/2024 iVm § 9 Abs. 1 VStG, mitbeteiligte Partei: XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 25.09.2024 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas MIKULA, MBA in der Beschwerdesache des römisch 40 , geboren am römisch 40 , vertreten durch RA Dr. Peter PERNER, Karolingerstraße 1, 5020 Salzburg, gegen den Bescheid des Fernmeldebüros vom römisch 40 .2024, GZ. römisch 40 , wegen Paragraph 174, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 188, Absatz 6, Ziffer 9, TKG 2021, Bundesgesetzblatt Teil eins, 190 aus 2021, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 6 aus 2024, in Verbindung mit Paragraph 9, Absatz eins, VStG, mitbeteiligte Partei: römisch 40 , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 25.09.2024 zu Recht erkannt:

A)

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen. römisch eins. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gemäß § 52 Abs. 1 und Abs. 2 VwGVG ist ein Beitrag von 20 % der verhängten Strafe, das sind 400,- €, zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu leisten. römisch II.

Gemäß Paragraph 52, Absatz eins und Absatz 2, VwGVG ist ein Beitrag von 20 % der verhängten Strafe, das sind 400,- €, zu den Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahren binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu leisten.

III. Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe, Kosten des Behörden- und des Beschwerdeverfahrens) beträgt daher insgesamt 2.600,- €. römisch III. Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe, Kosten des Behörden- und des Beschwerdeverfahrens) beträgt daher insgesamt 2.600,- €.

IV. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 9 Abs. 7 VStG haftet die XXXX, für die dem Beschwerdeführer in Spruchpunkt A) II. auferlegten Kosten des Beschwerdeverfahrens im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand. römisch IV. Gemäß Paragraph 38, VwGVG in Verbindung mit Paragraph 9, Absatz 7, VStG haftet die römisch 40, für die dem Beschwerdeführer in Spruchpunkt A) römisch II. auferlegten Kosten des Beschwerdeverfahrens im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand.

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

Mit dem im Spruch genannten Bescheid des Fernmeldebüros vom XXXX .2024 wurde über XXXX (in der Folge: Beschwerdeführer) vom Fernmeldebüro der Republik Österreich (in der Folge: belangte Behörde) eine Verwaltungsstrafe wegen § 174 Abs. 1 iVm § 188 Abs. 6 Z 9 TKG 2021 wegen eines Werbeanrufs am XXXX .2024, XXXX Uhr, iHv 2.000,- € samt 10 % Kostenbeitrag verhängt und die Solidarhaftung der XXXX (in der Folge: mitbeteiligte Partei) gemäß § 9 Abs. 7 VStG ausgesprochen. Mit dem im Spruch genannten Bescheid des Fernmeldebüros vom römisch 40 .2024 wurde über römisch 40 (in der Folge: Beschwerdeführer) vom Fernmeldebüro der Republik Österreich (in der Folge: belangte Behörde) eine Verwaltungsstrafe wegen Paragraph 174, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 188, Absatz 6, Ziffer 9, TKG 2021 wegen eines Werbeanrufs am römisch 40 .2024, römisch 40 Uhr, iHv 2.000,- € samt 10 % Kostenbeitrag verhängt und die Solidarhaftung der römisch 40 (in der Folge: mitbeteiligte Partei) gemäß Paragraph 9, Absatz 7, VStG ausgesprochen.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig am XXXX 2024 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Darin fasste der Beschwerdeführer den Sachverhalt zusammen und stellte dabei den verfahrensgegenständlichen Anruf nicht in Abrede. Der Beschwerdeführer bestritt aber, dass es sich bei diesem Anruf bereits um einem Werbeanruf handle. Zudem habe der Angerufene seine Telefonnummer bei der Herold Business Data GmbH hinterlegen lassen, weshalb er damit rechnen habe müssen, angerufen zu werden. Es liege daher jedenfalls eine konkludente Einwilligung in Anrufe, wie den verfahrensgegenständlichen, vor. Der Beschwerdeführer habe zudem weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt, da im Unternehmen alle Vorkehrungen getroffen worden seien, um einen Verstoß gegen § 174 Abs. 1 TKG 2021 zu verhindern. Der Anruf habe gerade dazu gedient, die Einwilligung zur Werbung zu erlangen. Selbst unter der Annahme, dass es sich um einen Werbeanruf gehandelt haben sollte, sei die verhängte Strafe überhöht. Der Beschwerdeführer beantragte aus diesen Gründen, das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben, in eventua, die verhängte Strafe angemessen herabzusetzen. Dagegen erhob der Beschwerdeführer rechtzeitig am römisch 40 2024 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Darin fasste der Beschwerdeführer den Sachverhalt zusammen und stellte dabei den verfahrensgegenständlichen Anruf nicht in Abrede. Der Beschwerdeführer bestritt aber, dass es sich bei diesem Anruf bereits um einem Werbeanruf handle. Zudem habe der Angerufene seine Telefonnummer bei der Herold Business Data GmbH hinterlegen lassen, weshalb er damit rechnen habe müssen, angerufen zu werden. Es liege daher jedenfalls eine konkludente Einwilligung in Anrufe, wie den verfahrensgegenständlichen, vor. Der Beschwerdeführer habe zudem weder vorsätzlich noch fahrlässig gehandelt, da im Unternehmen alle Vorkehrungen getroffen worden seien, um einen Verstoß gegen Paragraph 174, Absatz eins, TKG 2021 zu verhindern. Der Anruf habe

gerade dazu gedient, die Einwilligung zur Werbung zu erlangen. Selbst unter der Annahme, dass es sich um einen Werbeanruf gehandelt haben sollte, sei die verhängte Strafe überhöht. Der Beschwerdeführer beantragte aus diesen Gründen, das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben, in eventuelle, die verhängte Strafe angemessen herabzusetzen.

Die belangte Behörde legte die Beschwerde samt dem Verwaltungsakt am 19.08.2024 dem Bundesverwaltungsgericht vor.

Am 25.09.2024 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt, in welcher der Beschwerdeführer und der Angerufene (Anzeigenleger) als Zeuge einvernommen wurden.

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

#### 1. Feststellungen

Die mitbeteiligte Partei ist eine zur XXXX im Firmenbuch eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung und ist im Handel mit Waren aller Art, Vertrieb von XXXX tätig. Die mitbeteiligte Partei ist eine zur römisch 40 im Firmenbuch eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung und ist im Handel mit Waren aller Art, Vertrieb von römisch 40 tätig.

Der Beschwerdeführer ist seit XXXX .2015 alleinvertretungsbefugter Geschäftsführer der mitbeteiligten Partei. Über weitere Geschäftsführer verfügt diese Gesellschaft nicht. Der Beschwerdeführer verfügt über leicht überdurchschnittliche Einkommensverhältnisse und ist für zwei Kinder sorgepflichtig. Der Beschwerdeführer ist seit römisch 40 .2015 alleinvertretungsbefugter Geschäftsführer der mitbeteiligten Partei. Über weitere Geschäftsführer verfügt diese Gesellschaft nicht. Der Beschwerdeführer verfügt über leicht überdurchschnittliche Einkommensverhältnisse und ist für zwei Kinder sorgepflichtig.

Die Rufnummer XXXX ist der mitbeteiligten Partei zuzurechnen. Die Rufnummer römisch 40 ist der mitbeteiligten Partei zuzurechnen.

Der Telefonanschluss XXXX ist dem Zeugen XXXX (in der Folge: Anzeigenleger) zuzurechnen. Der Telefonanschluss römisch 40 ist dem Zeugen römisch 40 (in der Folge: Anzeigenleger) zuzurechnen.

Am XXXX .2024, um XXXX Uhr, wurde der Anzeigenleger von der Rufnummer XXXX , an seiner Rufnummer XXXX angerufen. Die Anruferin gab den Firmennamen „ XXXX “ an und wollte mit dem Anzeigenleger einen Termin für einen Vertreterbesuch zum Verkauf von Sicherheitstechnik vereinbaren. Nachdem der Anzeigenleger kein Interesse an einem Verkaufsgespräch zeigte und keine Einwilligung zu diesem Anruf erteilte, wurde das Gespräch beendet. Am römisch 40 .2024, um römisch 40 Uhr, wurde der Anzeigenleger von der Rufnummer römisch 40 , an seiner Rufnummer römisch 40 angerufen. Die Anruferin gab den Firmennamen „ römisch 40 “ an und wollte mit dem Anzeigenleger einen Termin für einen Vertreterbesuch zum Verkauf von Sicherheitstechnik vereinbaren. Nachdem der Anzeigenleger kein Interesse an einem Verkaufsgespräch zeigte und keine Einwilligung zu diesem Anruf erteilte, wurde das Gespräch beendet.

Im Unternehmen des Beschwerdeführers ist ein Softwaresystem eingerichtet, das darauf abzielt, Kontakte dahingehend zu verwalten, dass Anrufe, wie der verfahrensgegenständliche gemacht werden und die Nummern der Angerufenen, die bei diesen Anrufen keine Einwilligung zu weiteren Kontakten erteilen, auf eine Sperrliste gesetzt werden, um nicht erneut von der mitbeteiligten Partei angerufen zu werden.

Der Beschwerdeführer wusste, dass zu der Zeit, als der gegenständliche Anruf gemacht wurde ( XXXX 2024), derartige Anrufe für das Unternehmen getätigt wurden. Der Beschwerdeführer wusste, dass zu der Zeit, als der gegenständliche Anruf gemacht wurde ( römisch 40 2024), derartige Anrufe für das Unternehmen getätigt wurden.

Der Anzeigenleger erteilte der mitbeteiligten Partei zu keinem Zeitpunkt die ausdrückliche oder konkludente Zustimmung zu Anrufen an seiner oben genannten Nummer zum Zweck der Werbung. In den AGB der Herold Business Data GmbH wird darauf hingewiesen, dass die Telefonbuchdaten der DSGVO sowie dem TKG 2021 unterliegen und durch die Bereitstellung der Rufnummern im Teilnehmerverzeichnis nicht auf die Zustimmung zum Erhalt von Werbeanrufen geschlossen werden kann.

Über den Beschwerdeführer wurden mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom XXXX .2020, XXXX , bereits ein Strafverfahren wegen Verwirklichung des Tatbestands des § 174 Abs 1 TKG 2021 durch einen gleichgelagerten Anruf

geführt und rechtskräftig mit Verhängung einer Verwaltungsstrafe abgeschlossen. Über den Beschwerdeführer wurden mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom römisch 40 .2020, römisch 40 , bereits ein Strafverfahren wegen Verwirklichung des Tatbestands des Paragraph 174, Absatz eins, TKG 2021 durch einen gleichgelagerten Anruf geführt und rechtskräftig mit Verhängung einer Verwaltungsstrafe abgeschlossen.

Der Beschwerdeführer hat sich nicht beim Fernmeldebüro, der Regulierungsbehörde (RTR-GmbH) oder bei einem Anwalt erkundigt, ob solche Anrufe, wie der verfahrensgegenständliche, zulässig sind oder gegen § 174 Abs. 1 TKG 2021 verstoßen. Der Beschwerdeführer hat sich nicht beim Fernmeldebüro, der Regulierungsbehörde (RTR-GmbH) oder bei einem Anwalt erkundigt, ob solche Anrufe, wie der verfahrensgegenständliche, zulässig sind oder gegen Paragraph 174, Absatz eins, TKG 2021 verstoßen.

Der angefochtene Bescheid wurde dem Beschwerdeführer am XXXX .2024 zugestellt. Die mit XXXX .2024 datierte Beschwerde langte am XXXX .2024 bei der belangten Behörde ein. Der angefochtene Bescheid wurde dem Beschwerdeführer am römisch 40 .2024 zugestellt. Die mit römisch 40 .2024 datierte Beschwerde langte am römisch 40 .2024 bei der belangten Behörde ein.

## 2. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus dem aktenkundigen Firmenbuchauszug sowie der Einvernahme des Anzeigenlegers und der Einvernahme des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung, der sich dabei teilweise auf seine Aussage in der unmittelbar davor abgehaltenen mündlichen Verhandlung vom XXXX .2024, XXXX Uhr, im Verfahren XXXX , berief, deren Niederschrift im gegenständlichen Verfahren in die mündliche Verhandlung eingebracht wurde (Niederschrift S. 4). Die Feststellungen ergeben sich aus dem aktenkundigen Firmenbuchauszug sowie der Einvernahme des Anzeigenlegers und der Einvernahme des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung, der sich dabei teilweise auf seine Aussage in der unmittelbar davor abgehaltenen mündlichen Verhandlung vom römisch 40 .2024, römisch 40 Uhr, im Verfahren römisch 40 , berief, deren Niederschrift im gegenständlichen Verfahren in die mündliche Verhandlung eingebracht wurde (Niederschrift Sitzung 4).

Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse wurden auf Basis der Angaben des Erstbeschwerdeführers zu seinen Sorgepflichten und seinem Einkommen festgestellt.

Die Zurechenbarkeit der Rufnummern ergeben sich aus den nachvollziehbaren Angaben des Beschwerdeführers sowie des Anzeigenlegers in der mündlichen Verhandlung.

Die Feststellung über den verfahrensgegenständlichen Anruf und dessen Inhalt ergibt sich aus den nachvollziehbaren und unbestrittenen Aussagen des Anzeigenlegers und des Beschwerdeführers und wurden auch in der Beschwerde nicht in Zweifel gezogen.

Die Feststellung über das im Unternehmen des Beschwerdeführers eingerichtete Softwaresystem beruht auf den Angaben des Beschwerdeführers in der Beschwerde und in der Verhandlung bzw. der eingebrachten Niederschrift, auf die der Beschwerdeführer verwies. Auch die Tatsache, dass der Beschwerdeführer wusste, dass zu der Zeit, als der gegenständliche Anruf gemacht wurde, derartige Anrufe für das Unternehmen getätigt wurden, ergibt sich aus seiner Aussage und zudem auch daraus, dass das im Unternehmen eingerichtete System nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens gerade darauf ausgerichtet ist, derartige Anrufe zu tätigen, bei denen die Einwilligung in (weitere) Werbung eingeholt werden soll.

Nach den Angaben des Anzeigenlegers war festzustellen, dass er keine ausdrückliche Zustimmung zu Anrufen der mitbeteiligten Partei gegeben hat. Zu berücksichtigen ist zudem, dass durch die bloße Verfügbarkeit einer Telefonnummer im Internet, z.B. bei Herold, auch keine konkludente Zustimmung zu Werbeanrufen durch Dritte gesehen werden kann. Diese Verfügbarmachung der eigenen Nummer kann auch anderen Zwecken dienen, z.B. der Erreichbarkeit durch potenzielle Kunden. Wenn ein Teilnehmer seine Telefonnummer bei einem Verzeichnis eintragen lässt, kann daher jedenfalls nicht ohne jeden Zweifel darauf geschlossen werden, er habe damit auch Werbeanrufen zugestimmt. Im Übrigen ergibt sich nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens auch, dass den AGB von Herold gerade umgekehrt zu entnehmen ist, dass die Listung einer Nummer keine Zustimmung zu Werbeanrufen bedeutet. Im Ergebnis war daher festzustellen, dass nicht nur keine ausdrückliche, sondern auch keine konkludente Zustimmung bzw. Einwilligung des Anzeigenlegers zum gegenständlichen Werbeanruf vorlag.

Die Feststellung, dass in den AGB der Herold Business Data GmbH festgehalten wird, dass aus der Aufnahme einer Telefonnummer in ihr Verzeichnis nicht auf eine Zustimmung des Teilnehmers geschlossen werden kann, beruht auf den – unstrittigen – Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens und wurde auch von der Behörde bereits festgestellt.

Die Feststellung über die frühere Strafe wegen desselben Tatbestandes (§ 174 Abs. 1 TKG 2021) ergibt sich aus dem Behördenakt und wurde auch vom Beschwerdeführer zugestanden. Die Feststellung über die frühere Strafe wegen desselben Tatbestandes (Paragraph 174, Absatz eins, TKG 2021) ergibt sich aus dem Behördenakt und wurde auch vom Beschwerdeführer zugestanden.

Dass sich der Beschwerdeführer nicht erkundigte, ob Anrufe, wie der verfahrensgegenständliche, zulässig sind, beruht wiederum auf seiner (verwiesenen) Aussage in der mündlichen Verhandlung vom XXXX .2024, XXXX Uhr, im Verfahren XXXX . Dass sich der Beschwerdeführer nicht erkundigte, ob Anrufe, wie der verfahrensgegenständliche, zulässig sind, beruht wiederum auf seiner (verwiesenen) Aussage in der mündlichen Verhandlung vom römisch 40 .2024, römisch 40 Uhr, im Verfahren römisch 40 .

### 3. Rechtliche Beurteilung

#### 3.1. Zuständigkeit und Rechtzeitigkeit

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gegenständlich liegt Einzelrichterzuständigkeit vor. Gemäß Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gegenständlich liegt Einzelrichterzuständigkeit vor.

Die Beschwerde ist rechtzeitig erhoben worden und enthält alle gemäß § 9 VwGVG erforderlichen Inhalte. Die Beschwerde ist rechtzeitig erhoben worden und enthält alle gemäß Paragraph 9, VwGVG erforderlichen Inhalte.

#### 3.2. Anwendbare Gesetze

Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes, mit dem ein Telekommunikationsgesetz (Telekommunikationsgesetz 2021 – TKG 2021; BGBl I 190/2021 idFBGBl I 6/2024) erlassen wird, lauten: Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes, mit dem ein Telekommunikationsgesetz (Telekommunikationsgesetz 2021 – TKG 2021; Bundesgesetzblatt Teil eins, 190 aus 2021, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 6 aus 2024,) erlassen wird, lauten:

„Unerbetene Nachrichten

§ 174. (1) Anrufe – einschließlich das Senden von Fernkopien – zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Nutzers sind unzulässig. Der Einwilligung des Nutzers steht die Einwilligung einer Person, die vom Endnutzer 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 174, (1) Anrufe – einschließlich das Senden von Fernkopien – zu Werbezwecken ohne vorherige Einwilligung des Nutzers sind unzulässig. Der Einwilligung des Nutzers steht die Einwilligung einer Person, die vom Endnutzer 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.

[...]

Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 188. [...] Paragraph 188, [...]

(6) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu 100 000 Euro, im Falle ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen, zu bestrafen, wer [...]

9. entgegen § 174 Abs. 1 Anrufe zu Werbezwecken tätigt; 9. entgegen Paragraph 174, Absatz eins, Anrufe zu Werbezwecken tätigt;“

#### 3.3. Zu Spruchpunkt A)

##### 3.3.1. Objektiver Tatbestand

Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch eine juristische Person, soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Der Beschwerdeführer war zum Tatzeitpunkt Geschäftsführer, somit nach außen vertretungsbefugtes Organ. Weitere nach außen vertretungsbefugte Organe hat die mitbeteiligte Partei nicht. Gemäß Paragraph 9, Absatz eins, VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch eine juristische Person, soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Absatz 2,) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Der Beschwerdeführer war zum Tatzeitpunkt Geschäftsführer, somit nach außen vertretungsbefugtes Organ. Weitere nach außen vertretungsbefugte Organe hat die mitbeteiligte Partei nicht.

Anrufe zu Werbezwecken sind ohne vorherige Einwilligung des Nutzers gemäß § 174 Abs. 1 Telekommunikationsgesetz 2021 - TKG 2021, BGBl 190/2021 in der zu dem Tatzeitpunkt anzuwendenden Fassung BGBl I 6/2024, unzulässig. Eine Ausnahme von der Anwendbarkeit des § 174 Abs. 1 TKG 2021 besteht nicht. Anrufe zu Werbezwecken sind ohne vorherige Einwilligung des Nutzers gemäß Paragraph 174, Absatz eins, Telekommunikationsgesetz 2021 - TKG 2021, Bundesgesetzblatt 190 aus 2021, in der zu dem Tatzeitpunkt anzuwendenden Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 6 aus 2024,, unzulässig. Eine Ausnahme von der Anwendbarkeit des Paragraph 174, Absatz eins, TKG 2021 besteht nicht.

Der Beschwerdeführer bestritt im Verfahren die Verwirklichung des objektiven Tatbildes des § 174 Abs. 1 TKG 2021 aus zwei Gründen: Der Beschwerdeführer bestritt im Verfahren die Verwirklichung des objektiven Tatbildes des Paragraph 174, Absatz eins, TKG 2021 aus zwei Gründen:

Einerseits habe der Anruf noch keinen Werbezweck verfolgt, da er unmittelbar nach Nichtzustimmung des Anzeigenlegers beendet worden sei, bevor nach Ansicht des Beschwerdeführers also das Stadium eines Werbeanrufs überhaupt erreicht worden sei.

Andererseits habe der Anzeigenleger seine Rufnummer selbst bei der Herold Business Data GmbH – einem Branchenverzeichnis – hinterlegen lassen und damit sein konkludentes Einverständnis zur Kontaktaufnahme (auch) durch die mitbeteiligte Partei gegeben. Eine „Einwilligung des Nutzers“ iSd § 174 Abs. 1 TKG 2021 habe daher vorgelegen. Andererseits habe der Anzeigenleger seine Rufnummer selbst bei der Herold Business Data GmbH – einem Branchenverzeichnis – hinterlegen lassen und damit sein konkludentes Einverständnis zur Kontaktaufnahme (auch) durch die mitbeteiligte Partei gegeben. Eine „Einwilligung des Nutzers“ iSd Paragraph 174, Absatz eins, TKG 2021 habe daher vorgelegen.

Das Bundesverwaltungsgericht teilt diese Rechtsansichten aus folgenden Gründen nicht:

Im Sinne der Gesetzesmaterialien und der höchstgerichtlichen Judikatur zur wortgleichen Vorgängerbestimmung des § 107 TKG 2003 ist der Begriff der Werbung weit zu interpretieren (so schon ErlRV 128 BlgNR 22. GP 20). Er erfasst jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern. Diese Auslegung entspricht der unionsrechtlichen Legaldefinition in Art 2 lit a RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung, welche von den österreichischen Gerichten in der Judikatur zum TKG übernommen wurde (erstmal OGH 18.05.1999, 4 Ob 113/99t). Im Sinne der Gesetzesmaterialien und der höchstgerichtlichen Judikatur zur wortgleichen Vorgängerbestimmung des Paragraph 107, TKG 2003 ist der Begriff der Werbung weit zu interpretieren (so schon ErlRV 128 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 20). Er erfasst jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern. Diese Auslegung entspricht der unionsrechtlichen Legaldefinition in Artikel 2, Litera a, RL 2006/114/EG über irreführende und vergleichende Werbung, welche von den österreichischen Gerichten in der Judikatur zum TKG übernommen wurde (erstmal OGH 18.05.1999, 4 Ob 113/99t).

Bereits der erstmalige Kontakt in Form der telefonischen Einholung der Einwilligung zu einem späteren Werbetelefonat ist deshalb schon als Anruf zu Werbezwecken zu qualifizieren und damit unzulässig, da hierdurch auch schon auf die angebotene Leistung aufmerksam gemacht wird und somit Werbezwecke verfolgt werden (OGH 18.05.1999, 4 Ob 113/99t zu § 101 TKG 1997; vgl auch Thiele, DSB: Informationspflichtenverletzung beim Cold Calling, ZIIR 2019, 44). Bereits der erstmalige Kontakt in Form der telefonischen Einholung der Einwilligung zu einem späteren Werbetelefonat ist deshalb schon als Anruf zu Werbezwecken zu qualifizieren und damit unzulässig, da hierdurch auch schon auf die

angebotene Leistung aufmerksam gemacht wird und somit Werbezwecke verfolgt werden (OGH 18.05.1999, 4 Ob 113/99t zu Paragraph 101, TKG 1997; vergleiche auch Thiele, DSB: Informationspflichtenverletzung beim Cold Calling, ZIIR 2019, 44).

Werbung für die vom Unternehmen des Beschwerdeführers angebotenen Leistungen (Sicherheitstechnik) liegt fallgegenständlich somit vor.

Derartige Anrufe zu Werbezwecken bedürfen zu ihrer Zulässigkeit der vorherigen Einwilligung des Nutzers gemäß § 174 Abs. 1 TKG 2021. Wie erwähnt, ergibt sich bereits aus den Gesetzesmaterialien zur Vorgängerbestimmung des § 107 TKG 2003, dass der Begriff der Zustimmung im Lichte der Erfahrungen und Bedürfnisse der Praxis zu sehen und daher weit zu interpretieren ist. Diese Anforderungen sind im Zusammenhang mit der jeweiligen Werbung (z.B. Zusendung, Anruf) selbst zu sehen und im Einzelfall anhand der Lebenswirklichkeit zu beurteilen (ErlRV 128 BlgNR 22. GP 20). Derartige Anrufe zu Werbezwecken bedürfen zu ihrer Zulässigkeit der vorherigen Einwilligung des Nutzers gemäß Paragraph 174, Absatz eins, TKG 2021. Wie erwähnt, ergibt sich bereits aus den Gesetzesmaterialien zur Vorgängerbestimmung des Paragraph 107, TKG 2003, dass der Begriff der Zustimmung im Lichte der Erfahrungen und Bedürfnisse der Praxis zu sehen und daher weit zu interpretieren ist. Diese Anforderungen sind im Zusammenhang mit der jeweiligen Werbung (z.B. Zusendung, Anruf) selbst zu sehen und im Einzelfall anhand der Lebenswirklichkeit zu beurteilen (ErlRV 128 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 20).

Der nunmehr mit „Unerbetene Nachrichten“ übertitelte § 174 TKG 2021 befindet sich im 14. Abschnitt des TKG 2021 mit der Bezeichnung „Kommunikationsgeheimnis, Datenschutz“. Eine eigenständige Definition der in § 174 Abs. 3 TKG 2021 verwendeten Einwilligung fehlt sowohl in § 174 TKG 2021 selbst, als auch in den Begriffsbestimmungen des den Datenschutzabschnitt einleitenden § 160 TKG 2021 und den weiteren Bestimmungen des TKG 2021. Damit ist auf die allgemeinen datenschutzrechtlichen Bestimmungen zurückzugreifen und sind auf die im Telekommunikationsgesetz geregelten Sachverhalte, die Begrifflichkeiten des Datenschutzgesetzes sowie der Datenschutz-Grundverordnung anzuwenden. Die dem geltenden Datenschutzgesetz - DSGVO zugrunde liegende Begriffsbestimmung der Einwilligung des Art. 4 Z 11 der Datenschutz-Grundverordnung bezeichnet den Ausdruck „Einwilligung“ der betroffenen Person als jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist. Der nunmehr mit „Unerbetene Nachrichten“ übertitelte Paragraph 174, TKG 2021 befindet sich im 14. Abschnitt des TKG 2021 mit der Bezeichnung „Kommunikationsgeheimnis, Datenschutz“. Eine eigenständige Definition der in Paragraph 174, Absatz 3, TKG 2021 verwendeten Einwilligung fehlt sowohl in Paragraph 174, TKG 2021 selbst, als auch in den Begriffsbestimmungen des den Datenschutzabschnitt einleitenden Paragraph 160, TKG 2021 und den weiteren Bestimmungen des TKG 2021. Damit ist auf die allgemeinen datenschutzrechtlichen Bestimmungen zurückzugreifen und sind auf die im Telekommunikationsgesetz geregelten Sachverhalte, die Begrifflichkeiten des Datenschutzgesetzes sowie der Datenschutz-Grundverordnung anzuwenden. Die dem geltenden Datenschutzgesetz - DSGVO zugrunde liegende Begriffsbestimmung der Einwilligung des Artikel 4, Ziffer 11, der Datenschutz-Grundverordnung bezeichnet den Ausdruck „Einwilligung“ der betroffenen Person als jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.

Für § 174 Abs. 1 TKG 2021 bedeutet dies, dass eine Einwilligung dann vorliegt, wenn entweder eine ausdrückliche Willenserklärung oder eine konkludente Willenserklärung gegeben ist, wobei es bei Letzterer darauf ankommt, ob ein bestimmtes Verhalten unzweifelhaft als Einwilligung zum Erhalt von Anrufen zu Werbezwecken verstanden werden kann oder eben nicht. Nur dann, wenn dies eindeutig und unzweifelhaft ist, kann vom Vorliegen einer konkludenten Einwilligung ausgegangen werden. Es darf kein vernünftiger Grund bestehen, daran zu zweifeln, dass ein Rechtsfolgewillen in einer bestimmten Richtung vorliegt (so auch VwGH 24.03.2010, 2007/03/0177 mwN). Für Paragraph 174, Absatz eins, TKG 2021 bedeutet dies, dass eine Einwilligung dann vorliegt, wenn entweder eine ausdrückliche Willenserklärung oder eine konkludente Willenserklärung gegeben ist, wobei es bei Letzterer darauf ankommt, ob ein bestimmtes Verhalten unzweifelhaft als Einwilligung zum Erhalt von Anrufen zu Werbezwecken



verstanden werden kann oder eben nicht. Nur dann, wenn dies eindeutig und unzweifelhaft ist, kann vom Vorliegen einer konkludenten Einwilligung ausgegangen werden. Es darf kein vernünftiger Grund bestehen, daran zu zweifeln, dass ein Rechtsfolgewillen in einer bestimmten Richtung vorliegt (so auch VwGH 24.03.2010, 2007/03/0177 mwN).

Eine durch eine ausdrückliche Willenserklärung des Anzeigenlegers erteilte Einwilligung zu Werbeanrufen durch das Unternehmen des Beschwerdeführers wurde nicht festgestellt.

Ebenso wenig sind Eintragungen von Kontaktinformationen wie Telefonnummern oder E-Mail-Adressen in Telefonbüchern, eigenen oder fremden Internetseiten eine konkludente Einwilligung zum Empfang von Werbung. Wie bereits beweiswürdigend ausgeführt wurde, kann eine solche Verfügbarmachung der eigenen Nummer durchaus auch anderen Zwecken dienen, z.B. der Erreichbarkeit durch potenzielle Kunden, so dass jedenfalls nicht eindeutig und unzweifelhaft angenommen werden kann, dass damit eine (zumal allgemeine) Einwilligung zu Werbeanrufen erteilt wurde. Selbst wenn der Inhaber einer Telefonnummer, der diese im Internet anzeigen lässt, selbst werbend auf seine eigene gewerbliche Tätigkeit hinweist, rechtfertigt das nach der Rechtsprechung nicht die Annahme, dass damit schlechthin die Zustimmung zum Erhalt von Anrufen zu Werbezwecken gegeben werde (VwGH 26.06.2013, 2013/03/0048 zu Cold Calling mit Herold Daten; vgl auch OGH 24.10.2000, 4 Ob 251/00 s zu Tele Host). Ebenso wenig sind Eintragungen von Kontaktinformationen wie Telefonnummern oder E-Mail-Adressen in Telefonbüchern, eigenen oder fremden Internetseiten eine konkludente Einwilligung zum Empfang von Werbung. Wie bereits beweiswürdigend ausgeführt wurde, kann eine solche Verfügbarmachung der eigenen Nummer durchaus auch anderen Zwecken dienen, z.B. der Erreichbarkeit durch potenzielle Kunden, so dass jedenfalls nicht eindeutig und unzweifelhaft angenommen werden kann, dass damit eine (zumal allgemeine) Einwilligung zu Werbeanrufen erteilt wurde. Selbst wenn der Inhaber einer Telefonnummer, der diese im Internet anzeigen lässt, selbst werbend auf seine eigene gewerbliche Tätigkeit hinweist, rechtfertigt das nach der Rechtsprechung nicht die Annahme, dass damit schlechthin die Zustimmung zum Erhalt von Anrufen zu Werbezwecken gegeben werde (VwGH 26.06.2013, 2013/03/0048 zu Cold Calling mit Herold Daten; vergleiche auch OGH 24.10.2000, 4 Ob 251/00 s zu Tele Host).

Zudem wird in den AGB der Herold Business Data explizit darauf hingewiesen, dass die Telefonbuchdaten der DSGVO sowie dem TKG 2021 unterliegen und durch die schlichte Bereitstellung der Rufnummern im Teilnehmerverzeichnis nicht auf die Zustimmung zum Erhalt von Werbeanrufen geschlossen werden kann (vgl. Punkt VII - Datenschutz aus den AGB der Herold Business Data GmbH / Data Solutions idF 03.05.2024). Zudem wird in den AGB der Herold Business Data explizit darauf hingewiesen, dass die Telefonbuchdaten der DSGVO sowie dem TKG 2021 unterliegen und durch die schlichte Bereitstellung der Rufnummern im Teilnehmerverzeichnis nicht auf die Zustimmung zum Erhalt von Werbeanrufen geschlossen werden kann vergleiche Punkt römisch VII - Datenschutz aus den AGB der Herold Business Data GmbH / Data Solutions in der Fassung 03.05.2024).

Im Beschwerdefall wurde daher im Ergebnis weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Einwilligung vom Anzeigenleger erteilt und lag im maßgebenden Zeitpunkt beim Tätigen des verfahrensgegenständlichen Werbeanrufs somit keine Einwilligung iSd § 174 Abs. 1 TKG 2021 vor. Im Beschwerdefall wurde daher im Ergebnis weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Einwilligung vom Anzeigenleger erteilt und lag im maßgebenden Zeitpunkt beim Tätigen des verfahrensgegenständlichen Werbeanrufs somit keine Einwilligung iSd Paragraph 174, Absatz eins, TKG 2021 vor.

Ob es sich beim Empfänger des Werbeanrufes um eine Firma oder Privatperson, einen Verbraucher oder Unternehmer handelt, ist dabei unerheblich. Der gesetzlichen Bestimmung des § 174 Abs. 1 TKG 2021 ist eine Unterscheidung zwischen Konsumenten, Unternehmern oder Gewerbetreibenden fremd – vielmehr geht das TKG 2021 davon aus, dass der jeweilige Teilnehmer Schutz vor unerbetenen Anrufen schlechthin benötigt (VwGH 26.06.2013, 2013/03/0048 mit Verweis auf VfSlg 16.688/2002). Ob es sich beim Empfänger des Werbeanrufes um eine Firma oder Privatperson, einen Verbraucher oder Unternehmer handelt, ist dabei unerheblich. Der gesetzlichen Bestimmung des Paragraph 174, Absatz eins, TKG 2021 ist eine Unterscheidung zwischen Konsumenten, Unternehmern oder Gewerbetreibenden fremd – vielmehr geht das TKG 2021 davon aus, dass der jeweilige Teilnehmer Schutz vor unerbetenen Anrufen schlechthin benötigt (VwGH 26.06.2013, 2013/03/0048 mit Verweis auf VfSlg 16.688/2002).

Der objektive Tatbestand des § 174 Abs. 1 TKG 2021 ist somit hinsichtlich des Werbeanrufs vom 22.03.2024, 08:58 Uhr, erfüllt. Der objektive Tatbestand des Paragraph 174, Absatz eins, TKG 2021 ist somit hinsichtlich des Werbeanrufs vom 22.03.2024, 08:58 Uhr, erfüllt.

### 3.3.2. Subjektiver Tatbestand

Bei § 174 Abs. 1 TKG 2021 handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt iSd § 5 VStG, sodass bereits eine fahrlässige Tatbegehung für die Strafbarkeit ausreichend ist. Von einem fahrlässigen Verhalten ist grundsätzlich ohne Weiteres auszugehen, wenn ein Beschuldigter nicht glaubhaft macht, dass ihn an einer Übertretung kein Verschulden trifft. Da die Strafdrohung fallgegenständlich allerdings 50.000 € übersteigt, gilt die Regelung, dass der Beschuldigte glaubhaft machen muss, dass ihn kein Verschulden trifft, gemäß § 5 Abs. 1a VStG nicht. Vielmehr ist dem Beschuldigten das Verschulden nachzuweisen. Bei Paragraph 174, Absatz eins, TKG 2021 handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt iSd Paragraph 5, VStG, sodass bereits eine fahrlässige Tatbegehung für die Strafbarkeit ausreichend ist. Von einem fahrlässigen Verhalten ist grundsätzlich ohne Weiteres auszugehen, wenn ein Beschuldigter nicht glaubhaft macht, dass ihn an einer Übertretung kein Verschulden trifft. Da die Strafdrohung fallgegenständlich allerdings 50.000 € übersteigt, gilt die Regelung, dass der Beschuldigte glaubhaft machen muss, dass ihn kein Verschulden trifft, gemäß Paragraph 5, Absatz eins a, VStG nicht. Vielmehr ist dem Beschuldigten das Verschulden nachzuweisen.

Die hier in Rede stehende Verwaltungsübertretung wurde dem Beschwerdeführer als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher Geschäftsführer der mitbeteiligten Partei vorgeworfen. Als Geschäftsführer hat er dafür Sorge zu tragen, dass die einschlägigen Vorschriften – fallgegenständlich § 174 Abs. 1 TKG 2021 – beim Betrieb der Organisation eingehalten werden. Dazu ist nach der Rechtsprechung ein entsprechendes Kontrollsystem einzurichten, Weisungen sind zu erteilen, Mitarbeiter sind entsprechend zu schulen und die Kontrollen haben laufend und nicht nur stichprobenartig zu erfolgen (vgl. ständige Rechtsprechung des VwGH). Die hier in Rede stehende Verwaltungsübertretung wurde dem Beschwerdeführer als verwaltungsstrafrechtlich verantwortlicher Geschäftsführer der mitbeteiligten Partei vorgeworfen. Als Geschäftsführer hat er dafür Sorge zu tragen, dass die einschlägigen Vorschriften – fallgegenständlich Paragraph 174, Absatz eins, TKG 2021 – beim Betrieb der Organisation eingehalten werden. Dazu ist nach der Rechtsprechung ein entsprechendes Kontrollsystem einzurichten, Weisungen sind zu erteilen, Mitarbeiter sind entsprechend zu schulen und die Kontrollen haben laufend und nicht nur stichprobenartig zu erfolgen vergleiche ständige Rech

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

© 2025 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)