

TE Vwgh Erkenntnis 2010/3/24 2007/03/0177

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 24.03.2010

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);
91/01 Fernmeldewesen;

Norm

ABGB §863;
TKG 2003 §107 Abs2;
VwRallg;
1. ABGB § 863 heute
2. ABGB § 863 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGrBl. Nr. 69/1916
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

Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn): 2007/03/0175 E 24. März 2010

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Handstanger und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde des H H in S, vertreten durch Dr. Robert Fuchs, Rechtsanwalt in 4300 St. Valentin, Hauptplatz 1, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenats des Landes Oberösterreich vom 22. Juni 2007, Zl VwSen-390189/15/BP/Se, betreffend Übertretungen nach dem Telekommunikationsgesetz 2003 (weitere Partei: Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem angefochtenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheid wurde dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, er habe als Direktor und damit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Firma Su Int. Ltd., London es zu verantworten, dass durch dieses Unternehmen

"1. am 03.07.2006 um 19:58 Uhr eine elektronische Post (SMS) zu Zwecken der Direktwerbung mit dem Text:

'Hallo! Lust auf ein Date? ...oder mehr! Dann antworte mir mit Lena - so heiß ich nämlich, bin auf der suche! Vielleicht nach Dir? (Abm. STOP)'

unter Angabe der Absendernummer 09000/777 999, deren Inhaber die Fa. Su ist, an das Handy mit der Nummer ... des Hrn. DI H W, ... W, ohne dessen vorherige Einwilligung zugesendet worden ist.

2. als Dienstleister nicht sichergestellt wurde, dass in der Bewerbung des mittels obiger SMS angebotenen Dienstes, welcher ein Dienst nach § 103 Abs. 1 KEM-V ist, 2. als Dienstleister nicht sichergestellt wurde, dass in der Bewerbung des mittels obiger SMS angebotenen Dienstes, welcher ein Dienst nach Paragraph 103, Absatz eins, KEM-V ist,

a) eine Angabe über das für die Inanspruchnahme des angebotenen Dienstes zu zahlende Entgelt, sowie

b) eine korrekte Kurzbeschreibung des Dienstinhalts jeweils deutlich erkennbar enthalten war.

3. mit der durch die Fa. Su zugesendeten SMS das Verbot der Erbringung von Erotik-Diensten im Bereich 900 nicht beachtet wurde."

Der Beschwerdeführer habe dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

"Zu 1) § 107 Abs. 2 Zif. 1 iVm § 109 Abs. 3 Zif. 20 Telekommunikationsgesetz, BGBl. I Nr. 70/2003 (TKG) idFBGBl. I Nr. 133/2005"Zu 1) Paragraph 107, Absatz 2, Zif. 1 in Verbindung mit Paragraph 109, Absatz 3, Zif. 20 Telekommunikationsgesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 70 aus 2003, (TKG) in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 133 aus 2005,

Zu 2a) § 104 Abs. 1 Zif. 2 der 6. Verordnung der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, mit der Bestimmungen für Kommunikationsparameter, Entgelte und Mehrwertdienste festgelegt werden (KEM-V), kundgemacht am 12.05.2004 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung iVm § 109 Abs. 2 Zif. 9 TKG.Zu 2a) Paragraph 104, Absatz eins, Zif. 2 der 6. Verordnung der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, mit der Bestimmungen für Kommunikationsparameter, Entgelte und Mehrwertdienste festgelegt werden (KEM-V), kundgemacht am 12.05.2004 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung in Verbindung mit Paragraph 109, Absatz 2, Zif. 9 TKG.

Zu 2b) § 104 Abs. 1 Zif. 3 der 6. Verordnung der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, mit der Bestimmungen für Kommunikationsparameter, Entgelte und Mehrwertdienste festgelegt werden (KEM-V), kundgemacht am 12.05.2004 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung iVm § 109 Abs. 2 Zif. 9 TKG.Zu 2b) Paragraph 104, Absatz eins, Zif. 3 der 6. Verordnung der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, mit der Bestimmungen für Kommunikationsparameter, Entgelte und Mehrwertdienste festgelegt werden (KEM-V), kundgemacht am 12.05.2004 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung in Verbindung mit Paragraph 109, Absatz 2, Zif. 9 TKG

Zu 3) § 75 Abs. 1 der 6. Verordnung der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, mit der Bestimmungen für Kommunikationsparameter, Entgelte und Mehrwertdienste festgelegt werden (KEM-V), kundgemacht am 12.05.2004 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung iVm § 109 Abs. 2 Zif. 9 TKG".Zu 3) Paragraph 75, Absatz eins, der 6. Verordnung der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH, mit der Bestimmungen für Kommunikationsparameter, Entgelte und Mehrwertdienste festgelegt werden (KEM-V), kundgemacht am 12.05.2004 im Amtsblatt zur Wiener Zeitung in Verbindung mit Paragraph 109, Absatz 2, Zif. 9 TKG".

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen wurden über den Beschwerdeführer Geldstrafen von Euro 500.-- (Spruchpunkt 1.) sowie je Euro 100.-- (Spruchpunkte 2.a, 2.b und 3.) sowie jeweils Ersatzfreiheitsstrafen verhängt.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen - nach einer Darstellung des erstinstanzlichen Straferkenntnisses - Folgendes aus:

Es sei von DI H W am 22. August 2006 Anzeige erstattet worden, dass er die im Spruch genannte SMS zugesendet erhalten habe, ohne dazu eine vorige Zustimmung erteilt zu haben. Inhaber der in der SMS als Absender angeführten Mehrwertnummer sei die Firma Su. Der Beschwerdeführer, der als deren Vertreter aufgefordert worden sei, sich zum

erhobenen Vorwurf zu rechtfertigen, habe dazu lediglich mitgeteilt, die genannte Rufnummer sei zum relevanten Zeitpunkt einem Kunden überlassen worden, sei aber der Aufforderung der Erstbehörde, den betreffenden Kunden binnen zwei Wochen bekannt zu geben, nicht nachgekommen.

Die Erstbehörde habe die genannte Rechtfertigung des Beschwerdeführers dahin gewertet, er wolle damit ausdrücken, dass die SMS nicht von der Firma Su versendet worden sei. Diese bloß allgemein gehaltene Behauptung ohne weitere Konkretisierung, an wen die Mehrwertnummer weitergegeben worden sei, habe die Erstbehörde nicht als glaubhaft angesehen; sie sei weiterhin davon ausgegangen, dass die fragliche SMS vom Unternehmen des Beschwerdeführers versendet worden sei.

Der Beschwerdeführer habe in seiner Berufung Folgendes ausgeführt:

Die Zuständigkeit der Erstbehörde erscheine fraglich, zumal nicht festgestellt worden sei, ob die SMS im Inland versendet wurde. Dies sei aber insofern von erheblicher Bedeutung, als dann, wenn die Firma Su die SMS versendet hätte, der Versand nicht im Inland stattgefunden habe, weil alle von Su versendeten SMS über Server in England verschickt würden. Wurden die SMS aber nicht im Inland versendet, ergebe sich die Zuständigkeit der Erstbehörde danach, wo die SMS dem Empfänger zugestellt wurde, worüber aber keine Feststellungen getroffen worden seien.

Der Beschwerdeführer habe deshalb nicht mitgeteilt, wem er die fragliche Mehrwertnummer überlassen habe, weil er nicht dazu verhalten werden könne, sich selbst oder nahe Angehörige beschuldigen zu müssen. Versender der SMS sei jedoch ein naher Angehöriger gewesen. Die Behörde dürfe daraus aber keine weiteren Schlüsse ziehen, zumal auf die sechsmonatige Verfolgungsverjährungsfrist zu verweisen sei.

Bestritten werde auch, dass es sich bei der in Rede stehenden SMS wirklich um Direktwerbung handle; auch gebe der Wortlaut der SMS keinen Hinweis auf erotische Inhalte.

Die Erstbehörde habe zum Berufungsvorbringen dahin Stellung genommen, dass der Beschwerdeführer im anhängigen Verfahren wie auch in weiteren etwa 25 gleichartigen Verfahren bislang nicht bereit gewesen sei, zu den erhobenen Vorwürfen inhaltlich Stellung zu nehmen und entsprechende Auskünfte zu erteilen. Die Firma Su trete unter der Anschrift Rstraße, S, als Su Int. Ltd., Division Austria auf, unter welcher Anschrift der Beschwerdeführer auch die gegenständliche Mehrwertnummer bei der Regulierungsbehörde habe registrieren lassen. Der Hinweis auf einen Serverstandort in England sei insofern rechtlich unbeachtlich, als für den Tatort nicht der Standort eines Servers ausschlaggebend sei, vielmehr jener Ort, an dem der Täter gehandelt habe. Es sei aber nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer sich nach England begeben, um SMS zu versenden, vielmehr anzunehmen, dass er sich von S aus mit dem angeblichen Server in England verbinde und so von S aus die Versendung veranlasse.

Nach Ansicht der Erstbehörde schiebe der Beschwerdeführer den nicht näher genannten "nahen Angehörigen", bei welcher Person es sich möglicherweise, wie vom Beschwerdeführer in Parallelverfahren angegeben, um seine Schwiegermutter E W handle, im Hinblick auf die bereits eingetretene Verfolgungsverjährung vor.

Die belangte Behörde legte weiters dar, dass sie über Antrag des Beschwerdeführers eine mündliche Berufungsverhandlung durchgeführt habe, zu der auch der Zeuge H W geladen worden sei, der sich jedoch wegen berufsbedingter längerfristiger Abwesenheit im Ausland entschuldigt und eine ausführliche schriftliche Stellungnahme übermittelt habe, die zum Akt genommen und in der mündlichen Verhandlung verlesen worden sei. Überdies liege der belangten Behörde die Bestätigung über die Anmeldung der Frau EW bei der Sozialversicherung als Angestellte der gegenständlichen Firma ab 1. Juni 2006 vor.

Die belangte Behörde traf folgende Feststellungen:

"Der (Beschwerdeführer) war zum Tatzeitpunkt Geschäftsführer der gegenständlichen Firma, deren 'Division Austrian' in S, Rstraße, ihren Sitz hat. Seine Schwiegermutter - Frau E W - war zum Tatzeitpunkt Angestellte der Firma des (Beschwerdeführers) und versendete für diese die in Rede stehende SMS.

Durch das oa. Unternehmen wurde am 3. Juli 2006 um 19:58 Uhr eine elektronische Post (SMS) mit dem Text: 'Hallo! Lust auf ein Date? oder mehr! Dann antworte mir mit Lena - so heiß ich nämlich, bin auf der suche! Vielleicht nach Dir? (Abm. STOPP)' unter Angabe der Absendernummer 09000/777999, deren Inhaber die Firma Su war, an das Handy mit der Nummer ... des Herrn DI H W, ..., W, ohne dessen vorherige Einwilligung zugesendet."

Beweiswürdigend führte die belangte Behörde unter anderem aus, dass der Beschwerdeführer in der mündlichen

Verhandlung selbst eingeräumt habe, dass seine Schwiegermutter bei der gegenständlichen Firma seit Juli oder August 2006 angestellt gewesen sei und seit diesem Zeitpunkt derartige SMS für die Firma Su versendet habe. Sie habe dies in der Regel über einen in S befindlichen Computer getan, der einen Server in London aktiviert habe, über den letztendlich die Nachrichten an die jeweiligen Empfänger weitergeleitet worden seien. Wie ein beigebrachter Nachweis über die Sozialversicherungsanmeldung von Frau EW als Angestellte der Firma des Beschwerdeführers belege, sei EW aber schon mit 1. Juni 2006 bei der Firma Su beschäftigt gewesen. EW selbst habe in der mündlichen Verhandlung die Aussage verweigert. Es bestehe kein Grund, an der Glaubwürdigkeit der Stellungnahme des Zeugen HW zu zweifeln, der klar angegeben habe, niemals eine Einwilligung zum Erhalt von Mehrwertnummerndiensten erteilt zu haben. Im Übrigen behaupte auch der Beschwerdeführer nicht, eine konkrete Zustimmung erhalten zu haben.

In der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, dass der Beschwerdeführer zum Tatzeitpunkt als Direktor der gegenständlichen Firma das zur Vertretung nach außen berufene Organ gewesen sei. Er hafte daher für die Tätigkeiten der gegenständlichen Firma zum Tatzeitpunkt, daher auch für die durch seine Schwiegermutter EW als Angestellte der Firma Su vorgenommene Versendung der strittigen SMS.

Zur örtlichen Zuständigkeit führte die belangte Behörde aus, dass gemäß § 27 Abs 1 VStG jene Behörde örtlich zuständig sei, in deren Sprengel die Verwaltungsübertretung begangen worden ist, auch wenn der zum Tatbestand gehörende Erfolg in einem anderen Sprengel eingetreten sei. Die örtliche Zuständigkeit der Erstbehörde sei zu bejahen, da einerseits für die Registrierung der fraglichen Mehrwertnummer die Adresse des Sitzes des Unternehmens in S angegeben worden sei, andererseits von dort aus der konkrete Versendevorgang begonnen worden sei. Zur örtlichen Zuständigkeit führte die belangte Behörde aus, dass gemäß Paragraph 27, Absatz eins, VStG jene Behörde örtlich zuständig sei, in deren Sprengel die Verwaltungsübertretung begangen worden ist, auch wenn der zum Tatbestand gehörende Erfolg in einem anderen Sprengel eingetreten sei. Die örtliche Zuständigkeit der Erstbehörde sei zu bejahen, da einerseits für die Registrierung der fraglichen Mehrwertnummer die Adresse des Sitzes des Unternehmens in S angegeben worden sei, andererseits von dort aus der konkrete Versendevorgang begonnen worden sei.

Gemäß § 107 Abs 2 Z 1 TKG 2003 sei die Zusendung einer elektronischen Post - einschließlich SMS - ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, wenn die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolge. Gemäß Paragraph 107, Absatz 2, Ziffer eins, TKG 2003 sei die Zusendung einer elektronischen Post - einschließlich SMS - ohne vorherige Einwilligung des Empfängers unzulässig, wenn die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolge.

Eine vorherige Zustimmung für elektronische Post gemäß § 107 Abs 2 TKG 2003 sei unter den kumulativen Voraussetzungen des § 107 Abs 3 Z 1 bis 4 TKG 2003 nicht notwendig. Eine vorherige Zustimmung für elektronische Post gemäß Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003 sei unter den kumulativen Voraussetzungen des Paragraph 107, Absatz 3, Ziffer eins, bis 4 TKG 2003 nicht notwendig.

Gemäß § 109 Abs 3 Z 20 TKG 2003 begehe eine Verwaltungsübertretung und sei mit einer Geldstrafe bis zu EUR 37.000,-- zu bestrafen, wer entgegen § 107 Abs 2 oder 5 TKG 2003 elektronische Post zusendet. Gemäß Paragraph 109, Absatz 3, Ziffer 20, TKG 2003 begehe eine Verwaltungsübertretung und sei mit einer Geldstrafe bis zu EUR 37.000,-- zu bestrafen, wer entgegen Paragraph 107, Absatz 2, oder 5 TKG 2003 elektronische Post zusendet.

Die belangte Behörde führte weiters - was näher begründet wurde - aus, dass es sich bei der in Rede stehenden Nachricht um eine solche zum Zwecke der Direktwerbung handle.

Lägen die Voraussetzungen des § 107 Abs 3 TKG nicht vor (wie unstrittig im Beschwerdefall), sei die Zusendung - als Direktwerbung - ohne konkrete Zustimmung dafür unzulässig. Eine Zustimmung liege nicht etwa schon dann vor, wenn sich jemand auf irgendeiner Internetseite registrieren lasse, die mit dem angebotenen Mehrwertdienst nur dadurch in Verbindung stehe, dass an diesen die Daten weitergegeben würden, für den "Kunden" aber kein Zusammenhang erkennbar sei. Eine konkrete Zustimmung des Empfängers der vorliegenden Nachricht, des Zeugen HW, liege nicht vor, weshalb der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 107 Abs 2 Z 1 TKG 2003 vorliege. Lägen die Voraussetzungen des Paragraph 107, Absatz 3, TKG nicht vor (wie unstrittig im Beschwerdefall), sei die Zusendung - als Direktwerbung - ohne konkrete Zustimmung dafür unzulässig. Eine Zustimmung liege nicht etwa schon dann vor, wenn sich jemand auf irgendeiner Internetseite registrieren lasse, die mit dem angebotenen Mehrwertdienst nur dadurch in Verbindung stehe, dass an diesen die Daten weitergegeben würden, für den "Kunden" aber kein

Zusammenhang erkennbar sei. Eine konkrete Zustimmung des Empfängers der vorliegenden Nachricht, des Zeugen HW, liege nicht vor, weshalb der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach Paragraph 107, Absatz 2, Ziffer eins, TKG 2003 vorliege.

Gemäß § 104 Abs 1 KEM-V habe bei Diensten in den Bereichen gemäß § 103 Abs 1 der Dienstleister sicherzustellen, dass alle Formen der Werbung, derer er sich bedient, deutlich erkennbar Angaben über das für die Inanspruchnahme des Dienstes zu zahlende Entgelt sowie eine eindeutige Bezeichnung, dass es sich um Euro handelt (Z 2) sowie eine korrekte Kurzbeschreibung des Dienstinhalts (Z 3) enthalten. Gemäß Paragraph 104, Absatz eins, KEM-V habe bei Diensten in den Bereichen gemäß Paragraph 103, Absatz eins, der Dienstleister sicherzustellen, dass alle Formen der Werbung, derer er sich bedient, deutlich erkennbar Angaben über das für die Inanspruchnahme des Dienstes zu zahlende Entgelt sowie eine eindeutige Bezeichnung, dass es sich um Euro handelt (Ziffer 2,) sowie eine korrekte Kurzbeschreibung des Dienstinhalts (Ziffer 3,) enthalten.

Gemäß § 109 Abs 2 Z 9 TKG 2003 begehe eine mit einer Geldstrafe bis zu EUR 8.000,-- zu bestrafende Verwaltungsübertretung, wer einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung zuwider handelt. Gemäß Paragraph 109, Absatz 2, Ziffer 9, TKG 2003 begehe eine mit einer Geldstrafe bis zu EUR 8.000,-- zu bestrafende Verwaltungsübertretung, wer einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung zuwider handelt.

Der Inhalt der in Rede stehenden SMS erfülle auch den objektiven Tatbestand der genannten, dem Beschwerdeführer unter den Spruchpunkten 2a, 2b und 3 angelasteten Verwaltungsübertretungen, was von der belangten Behörde näher ausgeführt wurde.

Auch die subjektive Tatseite sei gegeben, weil es sich bei den in Rede stehenden Delikten um ein Ungehorsamsdelikt handle und der Beschwerdeführer nicht glaubhaft gemacht habe, dass ihn an der Übertretung kein Verschulden treffe. Von einem Gewerbetreibenden sei jedenfalls zu verlangen, dass er sich über die bei Ausübung seines Gewerbes zu beachtenden Rechtsvorschriften ausreichend orientiere. Der Beschwerdeführer habe nichts dargelegt, was ihn entlasten könnte. Die verhängten Strafen seien im absolut untersten Bereich des jeweiligen Strafrahmens angesiedelt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die gegen diesen Bescheid gerichtete Beschwerde nach Vorlage der Akten des Verwaltungsverfahrens und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde erwogen:

1. § 107 des Telekommunikationsgesetzes 2003, BGBl I Nr 70/2003 idFBGBl I Nr 133/2005 (TKG 2003), lautet (auszugsweise) wie folgt: 1. Paragraph 107, des Telekommunikationsgesetzes 2003, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 70 aus 2003, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 133 aus 2005, (TKG 2003), lautet (auszugsweise) wie folgt:

"Unerbetene Nachrichten

§ 107. (1) ...Paragraph 107, (1) ...

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

1. 1. Ziffer eins

die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt oder

2. 2. Ziffer 2

an mehr als 50 Empfänger gerichtet ist.

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

...

1. (5) Absatz 5, Die Zusendung elektronischer Post zu Zwecken der Direktwerbung ist jedenfalls unzulässig, wenn die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine authentische Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann.
2. (6) Absatz 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."

§ 109 leg cit lautet (auszugsweise) wie folgt: Paragraph 109, leg cit lautet (auszugsweise) wie folgt:

"Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 109... Paragraph 109 Punkt „,

1. (2) Absatz 2, Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu 8 000 Euro zu bestrafen, wer

.....

9. einer auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnung oder einem auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Bescheid zuwiderhandelt.

1. (3) Absatz 3, Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe bis zu 37 000 Euro zu bestrafen, wer

...

20. entgegen § 107 Abs. 2 oder 5 elektronische Post zusendet. 20. entgegen Paragraph 107, Absatz 2, oder 5 elektronische Post zusendet.

...".

2. Der Beschwerdeführer stellt nicht in Abrede, zum Tatzeitpunkt das zur Vertretung nach außen berufene Organ der Su Int. Ltd. gewesen zu sein.

3. Die Beschwerde macht aber geltend, die Versendung der inkriminierten SMS-Nachricht durch E W sei nicht der Su Int. Ltd. zuzurechnen, vielmehr habe E W "parallel zu ihrer Anstellung" bei der Su Int. Ltd. ihre selbständige Tätigkeit ausgeübt. Sie beruft sich dabei auf die Aussagen des Beschwerdeführers in der mündlichen Berufungsverhandlung, wonach er "bis Juli/August ausschließen" könne, dass EW SMS für die Su Int. Ltd. versendet habe.

Dem ist entgegen zu halten, dass die belangte Behörde als Ergebnis einer nicht als unschlüssig zu erkennenden Beweiswürdigung (im Wesentlichen unter Hinweis auf den Beginn des Anstellungsverhältnisses der E W schon mit 1. Juni und nicht, wie vom Beschwerdeführer ausgeführt, seit 1. Juli oder 1. August; ein Vorbringen über eine "parallele" selbständige Tätigkeit war vom Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren nicht erstattet worden) festgestellt hat, dass E W die in Rede stehende SMS-Nachricht als Angestellte der Su Int. Ltd. für diese versendet hat.

Dem gegenteiligen Beschwerdevorbringen fehlt daher eine Basis in den getroffenen Feststellungen.

4. Die Beschwerde macht weiter geltend, es habe "natürlich auch das Einverständnis des Anzeigerstatters" vorgelegen. Die Firma Su betreibe eine vom Beschwerdeführer übernommene Datenbank, in der sich Personen über Internet zu verschiedensten Zwecken registrieren lassen könnten. Sie erhielten dabei kostenlos Software, die Möglichkeit, SMS zu versenden und an Gewinnspielen teilzunehmen. Allen Teilnahmebedingungen gemeinsam sei die Zustimmung der Teilnehmer zum Empfang von elektronischer Werbung durch den Diensteanbieter oder dessen Partnerunternehmen. Darüber hinaus würden sie belehrt, dass diese Zustimmung natürlich jederzeit widerrufen werden könne.

Zu diesem Vorbringen ist zunächst festzustellen, dass die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid - entgegen der Darstellung der Beschwerde - ausdrücklich festgestellt hat, dass der Empfänger der in Rede stehenden SMS, DI H W, dazu keine Einwilligung erteilt hat. Die belangte Behörde konnte sich dazu nicht nur auf die Stellungnahme des Empfängers der Nachricht stützen, sondern auch auf den Umstand, dass der Beschwerdeführer selbst nie konkret vorgebracht hatte, dass eine Zustimmung des DI H W vorgelegen sei.

Das pauschal gehaltene Vorbringen, es könnten sich in einer von der Su betriebenen Datenbank Personen registrieren lassen, die dabei ihre Zustimmung zum Empfang elektronischer Werbung erteilen, kann ein konkretes Vorbringen dahin, dass der Empfänger der in Rede stehenden Nachricht seine Einwilligung erteilt habe, nicht ersetzen: Bei der nach § 107 Abs 2 TKG 2003 erforderlichen Zustimmung handelt es sich um eine Willenserklärung des (zukünftigen) Empfängers elektronischer Post, wobei für diese Zustimmung ein gesetzliches Formerfordernis nicht besteht, sodass auch eine konkludente Zustimmung nicht ausgeschlossen ist (vgl. das hg Erkenntnis vom 26. April 2007, ZI 2005/03/0143). Eine konkludente Erklärung kann nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes nur dann angenommen werden, wenn eine Handlung oder Unterlassung nach der Verkehrssitte und nach den üblichen Gewohnheiten und Gebräuchen eindeutig in einer Richtung zu verstehen ist (vgl. etwa das Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 1. Februar 2007, 2 Ob 161/06z); 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 elektronischer Post zu Werbezwecken verstanden werden kann. Der für das Vorliegen einer Zustimmung beweispflichtige Beschwerdeführer hat einen konkreten Sachverhalt, der in Anwendung der genannten Kriterien nur als konkludente Erklärung der Zustimmung des Empfängers DI H W verstanden werden könnte, ebensowenig behauptet wie eine ausdrückliche Zustimmung dieses Empfängers. Das pauschal gehaltene Vorbringen, es könnten sich in einer von der Su betriebenen Datenbank Personen registrieren lassen, die dabei ihre Zustimmung zum Empfang elektronischer Werbung erteilen, kann ein konkretes Vorbringen dahin, dass der Empfänger der in Rede stehenden Nachricht seine Einwilligung erteilt habe, nicht ersetzen: Bei der nach Paragraph 107, Absatz 2, TKG 2003 erforderlichen Zustimmung handelt es sich um eine Willenserklärung des (zukünftigen) Empfängers elektronischer Post, wobei für diese Zustimmung ein gesetzliches Formerfordernis nicht besteht, sodass auch eine konkludente Zustimmung nicht ausgeschlossen ist (vergleiche, das hg Erkenntnis vom 26. April 2007, ZI 2005/03/0143). Eine konkludente Erklärung kann nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes nur dann angenommen werden, wenn eine Handlung oder Unterlassung nach der Verkehrssitte und nach den üblichen Gewohnheiten und Gebräuchen eindeutig in einer Richtung zu verstehen ist (vergleiche, etwa das Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 1. Februar 2007, 2 Ob 161/06z); 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 elektronischer Post zu Werbezwecken verstanden werden kann. Der für das Vorliegen einer Zustimmung beweispflichtige Beschwerdeführer hat einen konkreten Sachverhalt, der in Anwendung der genannten Kriterien nur als konkludente Erklärung der Zustimmung des Empfängers DI H W verstanden werden könnte, ebensowenig behauptet wie eine ausdrückliche Zustimmung dieses Empfängers.

Das von der Zustimmung des Empfängers der Nachricht ausgehende Beschwerdevorbringen erweist sich daher als nicht zielführend.

5. Die Beschwerde macht schließlich geltend, die belangte Behörde habe es unterlassen, zu prüfen, wo der Anzeigerstatter die SMS-Nachricht erhalten habe, weshalb die Zuständigkeit der Erstbehörde nicht geklärt sei und er in seinem Recht auf ein Verfahren vor dem zuständigen Richter verletzt sei. Dies deshalb, da § 107 Abs 6 TKG 2003 als Tatort dann, wenn "wie im gegenständlichen Fall" ein SMS aus dem Ausland versendet werde, der Ort gelte, an dem die Nachricht den Empfänger erreicht habe. 5. Die Beschwerde macht schließlich geltend, die belangte Behörde habe es unterlassen, zu prüfen, wo der Anzeigerstatter die SMS-Nachricht erhalten habe, weshalb die Zuständigkeit der Erstbehörde nicht geklärt sei und er in seinem Recht auf ein Verfahren vor dem zuständigen Richter verletzt sei. Dies deshalb, da Paragraph 107, Absatz 6, TKG 2003 als Tatort dann, wenn "wie im gegenständlichen Fall" ein SMS aus dem Ausland versendet werde, der Ort gelte, an dem die Nachricht den Empfänger erreicht habe.

Auch dieses Vorbringen ist nicht zielführend.

§ 107 Abs 6 TKG 2003 bestimmt für den Fall, dass Verwaltungsübertretungen nach Abs 1 nicht im Inland begangen wurden, dass sie als an jenem Ort begangen gelten, an dem der Anruf den Anschluss des Teilnehmers erreicht.

Paragraph 107, Absatz 6, TKG 2003 bestimmt für den Fall, dass Verwaltungsübertretungen nach Absatz eins, nicht im Inland begangen wurden, dass sie als an jenem Ort begangen gelten, an dem der Anruf den Anschluss des Teilnehmers erreicht.

Im Beschwerdefall hat die belangte Behörde allerdings festgestellt, dass die Tathandlung im Inland gesetzt wurde (Initialisierung des Versendevorgangs durch EW vom Büro in S aus).

Vor diesem Hintergrund ist es für die Beurteilung der örtlichen Zuständigkeit der Erstbehörde unerheblich, an welchem Ort der Anruf den Anschluss des Teilnehmers erreichte. Vielmehr war die Erstbehörde (Fernmeldebehörde für Oberösterreich und Salzburg) gemäß § 27 Abs 1 VStG zuständig. Vor diesem Hintergrund ist es für die Beurteilung der örtlichen Zuständigkeit der Erstbehörde unerheblich, an welchem Ort der Anruf den Anschluss des Teilnehmers erreichte. Vielmehr war die Erstbehörde (Fernmeldebehörde für Oberösterreich und Salzburg) gemäß Paragraph 27, Absatz eins, VStG zuständig.

6. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerde insgesamt unbegründet ist.

Sie war daher gemäß § 42 Abs 1 VwGG abzuweisen. Sie war daher gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl II Nr 455. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt römisch zwei Nr 455.

Wien, am 24. März 2010

Schlagworte

Definition von Begriffen mit allgemeiner Bedeutung VwRallg7 Auslegung unbestimmter Begriffe VwRallg3/4

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2010:2007030177.X00

Im RIS seit

22.04.2010

Zuletzt aktualisiert am

28.01.2014

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at