jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2007/4/26 2005/03/0143

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 26.04.2007

Index

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

Norm

ABGB §863;
TKG 1997 §101 letzter Satz;
TKG 1997 §104 Abs3 Z24 idF 2002/I/032;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Lehofer und Mag. Samm als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Zeleny, über die Beschwerde des HO in L, vertreten durch Binder Grösswang Rechtsanwälte OEG in 6020 Innsbruck, Kaiserjägerstraße 1, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 23. März 2005, Zl. uvs-2004/K7/005-6, betreffend Übertretung des Telekommunikationsgesetzes, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde den Beschwerdeführer für schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der A GmbH mit Sitz in L zu verantworten, dass durch diese zu näher genannten Zeitpunkten, welche zwischen dem 23. September 2002 und dem 1. Oktober 2002 lagen, in 27 Fällen jeweils eine elektronische Post (SMS) mit dem in der Anlage zum erstinstanzlichen Bescheid jeweils angeführten Text zu Werbezwecken ohne vorherige Zustimmung der Empfängerin an eine näher bestimmte Telefonnummer zugesendet worden sei. Der Beschwerdeführer habe dadurch eine Übertretung nach § 104 Abs 3 Z 24 iVm § 101 des Telekommunikationsgesetzes (TKG), BGBl I Nr 100/1997 idF BGBl I Nr 32/2002, begangen. Über den Beschwerdeführer wurde auf Grund dieser Übertretung nach § 104 Abs 3 Z 24 TKG eine Strafe in der Höhe von EUR 1.600,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 5 Tage und 8 Stunden) verhängt.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides legte die belangte Behörde nach Wiedergabe des erstinstanzlichen Schuldspruchs zunächst das Berufungsvorbringen des Beschwerdeführers dar. Demnach handle es sich "beim gegenständlichen Dienst" um ein Angebot der A GmbH, bei dem sichergestellt sei, dass nur jene Mobiltelefoninhaber ein SMS erhalten würden, die dies auch konkret anforderten. Die Leistungen würden in eigenen Inseraten beworben. Um den Dienst anzufordern, müsse ein SMS mit einem bestimmten Namen an die im Inserat angegebene Mobiltelefonnummer geschickt werden. Daraufhin werde eine SMS-Nachricht an das anfordernde Mobiltelefon retourniert. In den Inseraten würde der Kunde genau darüber aufgeklärt, auf welche Weise mit ihm Kontakt aufgenommen werde. Die entsprechende Anleitung laute:

"Schreib einfach den Namen Deiner Wunschfrau (kein anderer Text ist nötig!) und schicke ihn als SMS an (Mobiltelefonnummer). Wir leiten es dann sofort weiter an die Frau Deiner Wahl. Sie meldet sich dann direkt bei Dir. Jedes SMS wird beantwortet. Garantiert!"

Der technische Ablauf entspreche genau dieser Anleitung. In den verschiedenen Inseraten würden lediglich die Namen und Anzahl der Ansprechpartnerinnen verändert. Der Teilnehmer erhalte eine Antwort in Form einer SMS-Nachricht, mit der er es bewenden lassen könne. Durch Wahl der mitgeschickten Telefonnummer könne er jedoch intensiveren Kontakt in Anspruch nehmen. Die SMS seien "nicht unverlangt, sondern auf ausdrückliches Verlangen (Senden eines SMS zur Herstellung gewünschter Kontakte) versandt worden"; es habe sich bei den versandten Nachrichten "nicht um allgemeine Informationen mit Hinweisen auf allfällige Bedürfnisse (und damit nicht um Werbung), sondern um konkret angeforderte Mitteilungen" gehandelt. Mit den versendeten SMS seien keine Werbezwecke verfolgt worden. Durch das Inserat sei die Anzeigerin (die Empfängerin der SMS) eindeutig darüber aufgeklärt worden, dass sich die Frau ihrer Wahl auf das SMS direkt bei ihr melden werde. Die Anzeigerin hätte damit rechnen müssen, dass auf ihre Anforderung eine SMS-Nachricht als Antwort folgen werde und nicht etwa sofort ein Telefongespräch oder ein persönlicher Kontakt.

Die belangte Behörde stellte in der Folge fest, dass im Zeitraum vom 23. September 2002 bis zum 1. Oktober 2002 insgesamt 27 SMS (mit 16 verschiedenen Texten) an eine namentlich genannte Empfängerin gerichtet wurden, wobei gleichzeitig eine Mehrwertnummer angeführt war. Diese SMS hätten etwa wie folgt gelautet:

"Bist du der teuflisch heiße Mann für höllisch frivole Spiele? Lass es mich herausfinden. Ich sitze schon auf heißen Kohlen aber lieber auf Dir!

Ich würde es gern mal an anderen Orten treiben, als nur im Bett! Was hältst Du davon? Bist du genauso experimentierfreudig? Ruf mich an!"

Inhaber der Mehrwertnummer, "durch die diese SMS ... versendet worden sind", sei zum Tatzeitpunkt die A GmbH gewesen, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Beschwerdeführer sei.

Der Beschwerdeführer habe eingewendet, dass die Übersendung der SMS mit Zustimmung der Empfängerin erfolgt sei. Dagegen spreche der diesbezüglich eindeutige Wortlaut der erstatteten Anzeige, wonach die Empfängerin keine Zustimmung erteilt habe und sie sich durch die Zusendung der SMS äußerst belästigt fühle, sowie der Wortlaut eines Schreibens der Empfängerin an die belangte Behörde, das im Wesentlichen folgenden Wortlaut hatte:

"Für mich war die Sache längst erledigt, Mein Sohn, zum damaligen Zeitpunkt (6.9.2002) 9,5 Jahre alt, wird das schon selbst geschickt haben. Ich sehe die Sache für mich nach über 2 Jahren als erledigt."

Aus diesem Schreiben lasse sich zweifelsfrei ableiten, dass die Beschwerdeführerin ihrem Sohn eine Ermächtigung, "die hier in Rede stehenden Einbuchungsvorgänge vorzunehmen", jedenfalls nicht erteilt habe. Die belangte Behörde gehe daher nicht davon aus, dass der A GmbH tatsächlich in irgendeiner Form seitens des Empfängers (oder einer von ihm ermächtigten Person) eine Zustimmung zur Zusendung des im Spruch angeführten Textes (oder irgendwelcher anderer Mitteilungen) erteilt worden sei.

In der Folge legt die belangte Behörde weiters dar, aus welchen Gründen sie die vom Beschwerdeführer im Verfahren vorgelegten Aufzeichnungen über "Einbuchungs- bzw. Einloggvorgänge" als nicht beweiskräftig ansieht.

In rechtlicher Hinsicht kommt die belangte Behörde unter Hinweis auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. Februar 2004, Zl 2003/03/0284, zum Ergebnis, dass es sich bei den gegenständlichen SMS-Zusendungen um elektronische Post handle, die zu Werbezwecken zugesandt werde. Die Empfängerin oder eine von ihr bevollmächtigte Person habe die Zusendung der verfahrensgegenständlichen SMS-Nachrichten nicht bestellt.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde mit dem Antrag, ihn kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag auf kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. § 101 Telekommunikationsgesetz, BGBl I Nr 100/1997 in der in jenem Zeitraum, in dem die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Tathandlungen erfolgten, in Geltung stehenden Fassung BGBl I Nr 32/2002 (im Folgenden: TKG 1997), lautete:

"Unerbetene Anrufe

§ 101. 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. Die Zusendung einer elektronischen Post als Massensendung oder zu Werbezwecken bedarf der vorherigen - jederzeit widerruflichen - Zustimmung des Empfängers."

Eine Übertretung des § 101 TKG 1997 war gemäß § 104 Abs 3 Z 24 TKG 1997 mit Geldstrafe bis zu EUR 36.336,-- bedroht.

Zum Zeitpunkt der Fällung des Straferkenntnisses erster Instanz (Zustellung an den Beschwerdeführer am 9. Juli 2004) war das dem Beschwerdeführer vorgeworfene Verhalten gemäß § 109 Abs 3 Z 20 iVm § 107 Abs 4 TKG 2003, BGBl I Nr 70/2003, mit Geldstrafe bis zu EUR 37.000,-- bedroht, sodass die belangte Behörde der Strafbemessung zutreffend das zur Zeit der Tat geltende Recht zu Grunde gelegt hat.

2. Der Beschwerdeführer macht geltend, es habe sich bei den verfahrensgegenständlichen SMS-Nachrichten nicht um Werbung gehandelt. Zudem seien diese Nachrichten von der Empfängerin bzw von ihrem Mobiltelefon aus angefordert worden, sodass eine Zustimmung der Empfängerin zur Zusendung vorliege.

3. Wie aus den dem erstinstanzlichen Straferkenntnis angeschlossenen Texten der verfahrensgegenständlichen SMS-Nachrichten - wie sie auszugsweise auch im angefochtenen Bescheid wiedergegeben werden (siehe die Zitate oben) - hervorgeht, sollte der Adressat dieser Nachrichten jeweils motiviert werden, eine Rufnummer aus dem Rufnummerbereich für Mehrwertdienste anzurufen (und damit einen entgeltlichen Vertrag mit dem Anbieter des Mehrwertdienstes zu schließen). Die Nachrichten dienten damit der Bewerbung eines Mehrwertdienstes, der - wie der Beschwerdeführer in der Sachverhaltsschilderung in seiner Beschwerde auch darlegt - von der A GmbH erbracht wurde, als deren handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit zur Vertretung nach außen Berufener der Beschwerdeführer bestraft wurde.

Die konkrete Gestaltung der Zeitungsinserate, wie sie der Beschwerdeführer sowohl im Verwaltungsverfahren (auch unter Vorlage einer Kopie eines derartigen Inserates) als auch in der Beschwerde geschildert hat und wie sie auch von der belangten Behörde dem angefochtenen Bescheid zugrundegelegt wurde, lässt keinen Bezug zum Mehrwertdienst, für dessen Inanspruchnahme in den zugesandten Nachrichten geworben wird, erkennen. In diesen Inseraten wird "Sex-Kontakt zu heißen Frauen per SMS" beworben; unter der Überschrift "So funktioniert's" wird mit dem oben bereits wiedergegebenen Text dazu aufgefordert, ein SMS an eine Mobiltelefonnummer zu schicken und eine darauf folgende direkte Meldung der "Wunschfrau" in Aussicht gestellt. Vor diesem Hintergrund kann die Ansicht des Beschwerdeführers, mit der Absendung einer SMS-Nachricht an die angegebene Mobiltelefonnummer - bei der es sich auch nicht um eine Mehrwertnummer handelt - sei die Zusendung von SMS-Nachrichten der A GmbH mit der Aufforderung zur Nutzung eines Mehrwertdienstes dieser Gesellschaft konkret angefordert worden, nicht geteilt werden.

4. Der Beschwerdeführer führt aus, dass auf Grund des technischen Systems des von der A GmbH angebotenen Dienstes sichergestellt sei, dass nur jene Personen SMS-Sendungen erhielten, die den Empfang auch konkret angefordert hätten. Auf Grund des vom Beschwerdeführer geschaffenen technischen Systems des SMS-Dienstes liege

"notwendigerweise eine Zustimmung des Inhabers der SMS-empfangenden Rufnummer" vor, da als Voraussetzung zum Empfang einer der gegenständlichen SMS-Nachrichten zuvor eine Bestellung dieser SMS-Nachrichten erfolgt sein und zwischen der SMS-bestellenden und SMS-empfangenden Rufnummer Identität bestehen müsse.

Mit diesem Vorbringen verkennt der Beschwerdeführer, dass es sich bei der nach § 101 letzter Satz TKG 1997 erforderlichen Zustimmung um eine Willenserklärung des (zukünftigen) Empfängers elektronischer Post (als Massensendung oder zu Werbezwecken) handelt (vgl das denselben Beschwerdeführer betreffende hg Erkenntnis vom 25. Februar 2004, Zl 2003/03/0284). Das TKG 1997 kennt für diese Zustimmung kein Formerfordernis, sodass auch eine konkludente Zustimmung nicht ausgeschlossen ist.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes darf eine konkludente Erklärung 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. Es darf kein vernünftiger Grund bestehen, daran zu zweifeln, dass ein Rechtsfolgewillen in einer bestimmten Richtung vorliegt (vgl etwa das Urteil des Obersten Gerichtshofes vom 1. Februar 2007, Zl 2 Ob 161/06z).

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers reicht es daher zum Nachweis einer (stillschweigenden) Zustimmung zum Erhalt von Werbe-SMS nicht aus, dass auf Grund des verwendeten technischen Systems solche Werbenachrichten nur an jene Rufnummern versendet werden, von denen der Diensteanbieter selbst eine SMS-Nachricht erhalten hat. Entscheidend ist vielmehr, ob die Absendung der SMS-Nachricht durch den Interessenten, welche die automatisierte Versendung der Werbe-SMS auslöst, im konkreten Fall nicht anders verstanden werden konnte, als dass dadurch dem Erhalt der Werbe-SMS zugestimmt werde.

Der Beschwerdeführer hat die von ihm behauptete Zustimmung der Empfängerin stets darauf gestützt, dass die "Bestellung" der SMS-Nachrichten auf Grund der von ihm auch in der Beschwerde beschriebenen Inserate erfolgt sei; die Empfängerin (oder eine ihr nach Ansicht des Beschwerdeführers zuzurechnende andere Person) habe auf Grund der Inserate dort angegebene Frauennamen per SMS an die in den Inseraten angegebene Rufnummer gesandt und damit dem Erhalt der Werbe-SMS zugestimmt.

Selbst wenn man annimmt, dass die Empfängerin der Werbe-SMS auf Grund dieser Inserate eine bzw mehrere SMS mit Frauennamen an die dort angegebene Rufnummer abgeschickt habe, ist dies angesichts des Inhaltes der Inserate nicht zwingend so zu verstehen, dass damit die Zustimmung zum Erhalt von SMS-Nachrichten, in denen für Mehrwertdienste geworben wird, gegeben worden wäre. Wer eine SMS-Nachricht an die in den Inseraten angegebene Mobilrufnummer abschickt, kann nach dem Text des Inserates erwarten, dass sich eine bestimmte Frau direkt bei ihm meldet. Auch wenn angesichts der Gestaltung der Inserate kein Zweifel am Vorliegen kommerzieller Dienstleistungen bestehen wird, rechtfertigt dies jedoch nicht die Annahme, dass mit dem Absenden einer SMS-Nachricht an die angegebene Mobilrufnummer schlechthin die Zustimmung zur Zusendung von Werbe-SMS eines Unternehmens, das im Inserat nicht einmal genannt wird, gegeben werde.

5. Es kommt daher im vorliegenden Fall auch nicht darauf an, ob die Empfängerin der Werbe-SMS (oder eine ihr nach Ansicht des Beschwerdeführers zuzurechnende andere Person) zuvor eine SMS-Nachricht an die im Inserat angegebene Rufnummer gesendet hat, da selbst in diesem Fall keine konkludente Zustimmung zur Zusendung der Werbe-SMS angenommen werden könnte.

Vor diesem Hintergrund erübrigt sich ein Eingehen auf die vom Beschwerdeführer behaupteten Verfahrensmängel, da sich diese ausschließlich auf die Sachverhaltsfeststellung bzw Beweiswürdigung im Zusammenhang mit der technischen Ausgestaltung des Systems bzw mit der Frage, ob die Empfängerin oder ihr Sohn ein SMS an die im Inserat angegebene Rufnummer geschickt hat, beziehen. Selbst wenn feststünde, dass die Empfängerin der SMS-Nachrichten (oder ihr Sohn) auf Grund der vom Beschwerdeführer dargelegten Inserate eine SMS-Nachricht an die dort angegebene Rufnummer geschickt hätte, würde dies die Annahme einer konkludenten Zustimmung zum Erhalt der Werbe-SMS nicht rechtfertigen. Den gerügten Verfahrensmängeln kommt daher keine Relevanz zu.

6. Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl II Nr 333.

Wien, am 26. April 2007

Schlagworte

Definition von Begriffen mit allgemeiner Bedeutung VwRallg7Auslegung unbestimmter Begriffe VwRallg3/4

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2007:2005030143.X00

Im RIS seit

31.05.2007

Zuletzt aktualisiert am

25.04.2010

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at